جـامـعـة الــشـرق الأوسـط
MIDDLE EAST UNIVERSITY

الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)

Deprivation Defense in the Contract of Bail

(Comparative study)

اعداد

أحمد " محمد زياد " فيصل شرف

إشراف

د.علي الزعبي

قدمت الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون الثاني / 2012

تفويض

أنا الطالب **أحمد** " **محمد زياد** " **فيصل شرف** أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات ، أو المنظمات ، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها .

الإسم: **أحمد " محمد زياد " فيصل شرف.**

التاريخ : ٢٠١٢/١/٢٣ .

التوقيع : ....

قرار لجنة المناقشة

نوقشـــت هذه الرسالة وعنوانها : " الدفع بالتجريد في عقد الكفاله(دراسة مقارنة) وأجيزت بتاريخ : ٢٣/ ١ / ٢٠١٢م .

١- الدكتور : مهند أبو مغلي رئيساً عضواً...................

٢- الدكتور : علي الزعبي مشرفاً...................

٣- الدكتور : جعفر المغربي عضواً خارجياً : ....

الشكر والتقدير

أتقدم بوافر الشكر وعظيم التقدير لأستاذي الفاضل الدكتور **علي الزعبي** مقابل الذي منحني إياه من علمه الفيّاض ووقته الثمين وتوجيهاته السديدة وعلى ما ساعدني على تلمس الصواب في سطور وصفحات هذه الثمرة الجامعية وإغنائها بآرائه ومقترحاته فكان خير سبيل لتسهيل مهمتي وخير موجه ومرشد , وله الفضل بعد الله في ظهور البحث بهذه الصورة ، فهو الأستاذ والموجه السديد الذي أعطى وأفاد وأسهم بكل الأمانة والصدق..

كما أخص بالشكر كلاً من عضوي لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور **مهند أبو مغلي** والدكتور **جعفر المغربي** لتفضلهم بمناقشة الرسالة وإبداء الإرشادات التي أثرت الرسالة .

وباعتزاز، فقد تضيق كلمات الشكروتعجز عبارات التقدير عن تقديم وافر شكري وعظيم امتناني إلى والديّ العزيزين وإخوتي وإخواني الذين كانوا جميعاً سنداً لي بعطفهم وحنانهم وعطائهم اللامحدود.

الإهداء

إلى مَن علّمني كَيف الصعود و حَمل لي شُعلةً
تلذذ بحروقاتِها في يَديهِ لينيرَ لي دَربي
إلى ذاك الرَجل الذي عَلمني العِزّة و كحّل عينيّ بالكِبرياء
إلى ذاكَ الذي ما زالَت عيناة تَصنعني طِفلاً حتّى اللحظة!.

"إليكَ والدي"

و إليها..
و إلى الحضن المعبَق بأريج الوَطن
و اليَد التي اندّست في خِصال شِعري و صوتها الشجيّ يَروي لي حَكايا الجِدّ و النجاح قبل النوم كَي أحلُم بِها
مَن علّمتي كَيف أقِف أمامَكم في لَحظةٍ تَتسابق فيها الدموع لمقلتيّ

"إليكِ أمّي"

و لكلّ مَن صَنعوني مَعكما و حقّنني و إياهم ذِكريات بيتٍ واحِد
إلى مَن اجتمعوا مَعي على دِفء مَوقِد الشِتاء و تَقاسموا مَعي ظلمَة ليلِ واحِدة

"إليكم إخوتي"

و لا أنسى مَن علّمني حَرفاً أن أكونَ لهُ عَبداً
و كلّ مَن سَبقني الطَريق و سيلحَقني إليها مِن طلاّب عِلم
لِجامعتي التي تركتُ مذكّراتي عَلى مقاعِدها
لكم جَميعا أُهدي سَهري و تَعبي و جَهدي

قائمة المحتويات

ملخص

الدفع بالتجريد في عقد الكفالة

(دراسة مقارنة)

إعداد الطالب

أحمد " محمد زياد " شرف

الدكتور المشرف

علي الزعبي

إن هذه الدراسة تناولت موضوع الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة) , مع التعرض لبعض مواد القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 ذات الصله بالموضوع , والتعرض لبعض القوانين المقارنة كالقانون المدني المصري وبالاستعانة ببعض الآراء الفقية المتعلقة بالموضوع وموقف الشريعة الإسلامية , وقد جاءت هذه الدراسة مقسة إلى فصول .

إذ تمت دراسة الدفع بالتجريد من خلال تمهيد للموضوع وبيان لمفهوم الكفالة وأنواعها والآثار المترتبه عليها , والحديث عن الدفوع الممنوحة للكفيل بموجب القانون والفقه الإسلامي , وتم تخصيص الفصل الأخير لموضوع الدفع بالتجريد من خلال بيان أهميته والشروط الواجب توافرها للأخذ به والآثار المترتبة بالدفع وبيان صورة خاصة له بالإضافة إلى الحديث عن موقف الفقه الإسلامي والمشرع الأردني .

وتبرز مشكلة هذه الدراسة في أن نصوص القانون المدني الأردني قد خلت من تنظيم الدفع بالتجريد وعدم النص عليها ,ومن أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة أن المشرع الأردني لم يضع نصوصاً خاصة لمعالجة وتنظيم الدفع بالتجريد على العكس من القوانين المقارنة التي أخذت به , ولكنه أخذ به في بعض الحالات استثناء.

ومن أهم التوصيات التي يمكن التوصل إليها ونتمنى من المشرع الأردني الأخذ بها بأن يقوم بوضع أحكام خاصة تعالج وتنظم الدفع بالتجريد , نظراً لأهميته ورعاية للكفيل إذ إن التزامه تابع وللمحافظه على سير المعاملات وعدم تعطيل الائتمان .

Abstract

Deprivation defense in the contract of bail

(Comparative study)

Prepared by the student

Ahmad, "Mohammad Ziad," Faisal Sharaf

Supervised by :
Dr. Ali Zoubi

This study addresses the issue of deprivation defense in the contract of bail (comparative study), with reference to some relevant articles of the Jordanian Civil Code No. (43) of 1976 .And to refer to some of the comparative laws such as the Egyptian Civil Code and assisted by some scholar views on the subject and the position of Islamic law . This study was divided into chapters.

The study of deprivation defense is done through preliminary studies of the subject and defining the concept of bail and types and their implications, and talk about defense granted to the sponsor under the law and Islamic jurisprudence . The final chapter has been allocated to the issue of deprivation defense through describing its significance and the conditions to be met and the implications of payment , in addition to viewing the position of Islamic jurisprudence and the Jordanian legislator.

The problem of this study is seen in that the texts of the Jordanian Civil Code were free of organizing deprivation defense and not to provide it . The most important findings of this study that the Jordanian legislator did not put special provisions to address and organize deprivation defense in contrary to the comparative laws considered , but it was considered as an exception.

Among the most important recommendations that can be reached and we hope the Jordanian legislator may consider it is developing special provisions governing and address the deprivation defense , because of its importance and care of the sponsor , and maintain the transaction process and not to disrupt the credit .

بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الأول : مقدمة الدراسة

اولا: – تمهيد : فكرة عامة عن الموضوع

الحمد لله الفرد الصمد , الذي لم يلد ولم يولد , ولم يكن له كفواً أحد , أحمده تعالى حمداً يوافي نعمه ويليق بجلال قدره وعظيم سلطانه القائل في محكم تنزيله " **يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود** " صدق الله العظيم[1] وقول سيد المرسلين سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) " المُسلمونَ عِندَ شُروطِهِم"[2]

" يحرص كل دائن بحق مالي , على أن يكون لحقه من الضمانات ما يكفل له استيفاءه في موعد استحقاقه . ويقوده هذا الحرص إلى اتخاذ جميع الوسائل المؤديه لذلك . وهي وسائل عرفتها القوانين منذ زمن بعيد , ووضعتها في خدمه الدائن تأميناً له للحصول على حقه ومنها الكفالة " [3]

وأن نظرية التأمينات تزداد أهمية في عصرنا الحاضر مع ازدياد العلاقات الأقتصادية وتوسعها , وتُعد من أهم الوسائل التي تؤدي لانتعاش واستقرار العلاقات الماليه بين الأفراد إذ تُؤمِنهم من مَخاطر الائتمان التي تحدهم من الخوض في هذه المعاملات , وما قد يتبع ذلك من نتائج سلبية .

ولما كان العقد شَريعةَ المتعاقدين , ويخضعُ لمبدأ سلطان الإرادة , فإن الغاية والهدف الأساسي من التأمينات بأنواعها المختلفة هي لضمان الوفاء بالالتزامات , والأصل بالكفالة أنها عقد بين الكفيل والدائن

---

[1] - سوره المؤمنون الايه (8)

2 -البخاري , ابي عبدالله محمد بن اسماعيل , **صحيح البخاري** . (2005) , المجلد الثاني , الجزء الثاني , كتاب الإجاره , باب أجر السمسرة , دار الفجر للتراث , القاهره , ص 128[2]

3- عبده, محمد علي (2005) . **عقد الكفاله** , لبنان ,مشورات زين الحقوقية, ص8

, أما المدين الأصلي فليس طرفاً في هذا العقد , إذ يتقدم الكفيل لضمان وفاء ما على المدين لدائنه فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان تحصيل حقه .

فمنذ العهود الأولى للقانون الروماني عرف نظام الكفالة, " غير أن مركز الكفيل كان أسوأ من مركز المدين , ثم ما لبث أن تطور الأمر حتى تساوى مركز الكفيل بمركز المدين , أي أصبح الكفيل بمركز المدين المتضامن , والواقع أن هذه الصلة التضامنية بين الكفيل والمدين , كانت تستمد من الطابع الشكلي للقانون الروماني القديم حيث كان الكفيل في روما يتعهد شخصياً ويكون التزامه تجاه الدائن أصلياً ومستقلاً عن التزام المدين. ولكن في عهد جوستفيان فرض القانون على الدائن أن لا ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين وتجريده . وبذلك تأكدت الصفة الاحتياطية للكفالة , لأن الكفيل لم يلتزم إلا في اعتباره الإخفاق المحتمل للمدين الأصلي في تنفيذ لموجبه . وفي هذا الإخفاق ينبغي أن يوجد ويتأكد . " [1]

أما في القانون الفرنسي فقد أُعطي للكفيل الحق بالتمسك بالدفوع, ولم يعامله المعاملة القاسية والبدائية التي كان يعامل بها من قبل ," وقد قنن قانون نابليون هذه القواعد إذ ضمها المشرع الفرنسي في نصوص المواد من 2011 الى 2043 " . [2]

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فقد عرفت الغراء منذ القدم (نظام الكفالة) وقامت بتقسيمه إلى ثلاثة أنواع ؛إما كفالة النفس ,أو كفالة العين, أو كفالة الدين .[3]

[1] - - عبده, محمد علي (2005) **.** المرجع السابق,ص8

[2] - حجازي . مصطفى (2006) **. عقد الكفاله في القانون المدني** ,ص10

[3] - برج . أحمد (2004) . **الكفاله بالمال واثرها في الفقه الإسلامي**.ص15

فاالقانون قد منح الكفيل مجموعة من الدفوع سواء أكانت دفوعاً موضوعيه أم دفوعاً شكلية والتي يحق له أن يبديها مثل ما جاء في نص الماده 788 من القانون المدني المصري التي نصت على الدفع بالتجريد على غرار نصوص القانون المدني الأردني الذي لم ينص على هذا الدفع إذ تم نقله عن القانون العراقي الذي بدوره نقل عن الفقه الحنفي .

" والدفع بالتجريد لا يكون إلا عندما يحصل الدائن على سند قابل للتنفيذ ضد الكفيل ويشرع في التنفيذ على أمواله , فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بعد تجريد الدائن المدين من أمواله , وهذا الدفع قائم على اعتبارات العدالة , ولأن الكفيل جدير بالرعاية , ويوفي ديناً ليس عليه , ويؤدي خدمة لغيره بكفالته وتقوي ائتمانه . " [1]

"وأن الدفع بالتجريد يخول الكفيل وقف إجراءات التنفيذ على أمواله إلى أن يتم التنفيذ على أموال المدين أولا ويتضح عدم كفايتها لوفاء الدين, وإن التزامه التزاماً احتياطيا أي أنه لا يجوز مطالبته ولا التنفيذ عليه إلا بعد مطالبة المدين (المكفول) والتنفيذ على أمواله. "[2]

"والحكمة من هذا الدفع , أن الكفيل ليست له مصلحه في الدين , فهو ضامن لدين غيره , ومن العدل ألا يرى الكفيل أمواله تنتزع منه , بينما أموال المدين قائمة لا تمس, ومعنى هذا الدفع في صورة عملية أن الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالي أن تتجه أولا إلى أموال المدين فتجرده منها , وستجد لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بدينك. والواقع أنه بجانب اعتبارات العدل التي يقوم عليها الدفع , فإن هنالك اعتبارات أُخرى من الملاءمة , تبرر أيضا , ذلك أن الدائن إذا نفذ على أموال الكفيل , فإن لهذا

---

[1] - العرموسي , انور (1999). **التضامن , والتضامم والكفاله في القانون المدني** , الاسكندريه , دار الفكر الجامعي.ص247

[2] -- العرموسي, انور (1999) . المرجع السابق , ص269

الأخير أن يرجع بعد ذلك على المدين بما دفعه عنه وله في سبيل هذا الرجوع أن ينفذ على أموال المدين وينزع ملكيتها , فيكون من الأفضل اختصاراً للإجراءات والنفقات أن يقوم الدائن بالتنفيذ أولا وأخيرا على المدين . بدلا من التنفيذ على الكفيل , ثم قيام هذا الأخير بالتنفيذ مرة أخرى على المدين . والدائن لن يضار من ذلك إذ كل ما يهدف إليه هو الحصول على حقه , سواء جاءه ذلك عن طريق التنفيذ على المدين أو التنفيذ على الكفيل ."[1]

ثانيا : – مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في أن نصوص القانون المدني الأردني قد خلت من تنظيم الدفع بالتجريد, فلم يتطرق القانون إلى قواعده ,ولم يعط الكفيل الحق في مثل هذا الدفع, وأن هذا الدفع يقوم على اعتبارات العدالة, فالكفيل جدير بالرعاية إذ إنه يُوفي دينا ليس عليه, ويؤدي خدمة لغيره بكفالته, فالقانون الأردني حَمل الكفيل الالتزام الأكبر من التزام المدين الأصلي على العكس من القوانين المقارنة, وعامله معاملة المدين المتضامن, فمن حق الدائن أن يطالب أيا منهما بوفاء الدين .

ثالثا : – فرضيات الدراسة وأسئلتها

هنالك عدة أشكاليات تتمثل بعده أسئلة مطروحة وهي : –

1 – هل المراكز القانونيه للكفيل والمدين متساوية ؟

2– هل للكفيل حقوق كما عليه من التزامات نص عليها القانون ؟

3 – هل يلعب الكفيل دورا احتياطيا في عقد الكفاله أم رئيسيا ؟

4 – هل يشترط أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع ؟

---

[1] تناغو , سمير عبد السيد (1996) . **التأمينات الشخصيه والعينيه** , الاسكندريه , توزيع منشأه المعارف , ص 65

5 – هل هنالك تاريخ لتقديم الدفع بالتجريد ؟

6- هل يجوز مطالبة الكفيل والرجوع عليه وحده ؟

7- هل الدفع بالتجريد من الدفوع الموضوعية أم الشكلية ؟

8- هل يسقط الحق بالدفع بالتجريد ؟

9-هل الدفع بالتجريد من النظام العام ؟

10- هل أوجد المشرع الأردني نصوصاً لتنظيم الدفع بالتجريد ؟

11- هل وفر المشرع الأردني الضمانات الكافية لحماية الكفيل ؟

12 – هل الكفاله بموجب أحكام التشريع الأردني المتناقضة تعدّ عقدا أم تصرفا إراديا منفردا؟

رابعا : - هدف الدراسة

إن الغايه من هذه الدراسه ما يلي : -

1- دراسه تفاصيل ودقائق الأمور المتعلقه بالدفع بالتجريد والحماية التي منحها القانون للكفيل .

2- محاوله الإجابة عن أي تساؤل حول الدفع بالتجريد ومن له الحق في تقديمه .

3- معالجه القصور القائم حاليا في القانون الأردني بما يتعلق بالدفع بالتجريد.

خامسا : – أهمية الدراسة

تنبع أهمية الدراسه إذا نظرنا إليها من زاوية الآثار المترتبة على الكفيل بعد أن يمنح الدفع بالتجريد وحمايته بموجب القانون والتي تمكنه من إبداء هذا الدفع بمواجهة الدائن لعدم التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين وكذلك لسد النقص الموجود في الدراسات الأخرى التي لم تتحدث عن الدفع بالتجريد بشكل مفصل .

سادسا : –تعريف المصطلحات

1 – **التأمينات الشخصية** : – هي الالتزامات التي تضاف إلى الالتزام المدين وهي عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن.[1]

2 – **الكفالة** : – ضمّ ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام .[2]

3 – **الدفع بالتجريد** : – هو حق منحه القانون للكفيل يستطيع بمقتضاه أن يوقف إجراءات التنفيذ على أمواله إلى أن يتم التنفيذ على أموال المدين الأصلي أولاً ويتضح عدم كفايتها .

4 – **الكفالة التضامنية** : – هي التي يكون فيها الكفيل متضامنا مع المدين , بحيث يجوز للدائن أن يطالب ايا منهما بكل الدين دون أن يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد .[3]

5 – **التشريع الأردني** : – القانون المدني الأردني رقم 43 لسنه 1976.

---

[1] - تناغو , سمير عبد السيد (1996) . **التأمينات الشخصيه والعينيه** , الاسكندريه , توزيع منشأه المعارف , ص 12

[2] - نص الماده (950) من **القانون المدني الأردني رقم 43 لسنه 1976**.

[3] - طلبة . أنور.(2004), **العقود الصغيرة الوكالة والكفالة** , المكتب الجامعي الحديث , ص80

سابعا : – حدود الدراسة

نأمل أن تتضح معالم هذه الدراسة في الفصل الأول من العام الدراسي 2011 التي سيكون موطنها الرئيسي نصوص القانون المدني الأردني رقم 43 لسنه 1976 وبعض نصوص القوانين المدنية العربية كالمصري , بالإضافة إلى بعض ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الأردنية والفقه الإسلامي ومحكمة النقض المصري.

وبالتالي إذا ما اكتملت هذه الدراسة بتوفيق الله تعد نقطه تحول للدفع بالتجريد في عقد الكفالة .

ثامنا : – محددات الدراسة

ليس هنالك أية عوامل تمنع أو تحد من هذه الدراسة سواء أكانت سياسية أم اقتصادية, داخلية أم خارجية ويمكن تعميم نتائجها على القوانين كافة .

تاسعا : – الإطار النظري والدراسات السابقة.

اولا : – الإطار النظري للدراسة

سأتناول في هذه الرسالة الحديث عن التنظيم القانوني للدفع بالتجريد في القانون الأردني والقانون المقارن, .ونظراً لأهمية هذا الموضوع الذي قل بحثه مقارنة بباقي التشريعات القانونية الأخرى أو الموازنة .

وعلى ضوء ما تقدم سوف أتناول في الفصل الأول تمهيداً وفكرة عامة عن الموضوع .

أما الفصل الثاني من الدراسة؛ سأبين من خلاله مفهوم الكفالة وأنواعها وأركانها والآثار المتعلقه بها, وذلك من خلال بيان لمفهوم الكفالة وأنواعها في (المبحث الأول) وأركان الكفالة وتميزهاعن النظم المشابهة لها وذلك في (المبحث الثاني) والحديث عن آثار الكفالة في (المبحث الثالث).

أما الفصل الثالث فسوف أخصصه للحديث عن الدفوع الممنوحة للكفيل بموجب القانون, وموقف الفقه الإسلامي وذلك من خلال استعراض الدفوع الخاصه بالالتزام الأصلي وهذا في(المبحث الأول) , والحديث عن الدفوع الكفاله المتعلقه بالتزامات الدائن في (المبحث الثاني) , والحديث عن دفوع الكفيل في الفقه الإسلامي وذلك في (المبحث الثالث).

وفي الفصل الرابع سأتحدث فيه عن التنظيم القانوني للدفع بالتجريد " الدفع بالتجريد ", وذلك من خلال شروط الدفع بالتجريد (المبحث الأول) والآثار المترتبة بالدفع بالتجريد وصورة خاصة به(المبحث الثاني) , والحديث عن الدفع بالتجريد في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الأردني سيتم الحديث عنه في (المبحث الثالث)

أما الفصل الخامس؛ سوف أستعرض فيه الخاتمه وأهم التوصيات والاقتراحات من أجل تحسين القانون , وقائمة بالمصادر والمراجع .

ثانيا : – الدراسات السابقة

هنالك العديد من الرسائل الجامعيه في الكفالة إلا أنها لم تتطرق لموضوع الدفع بالتجريد , ومن خلال استعراض رسائل الماجستير في الجامعات الأردنية فإنه لم يتم العثور على أي بحث متخصص بهذا الموضوع وإنما جاء متناثرا ولا يخص الموضوع بحد ذاته, وجاء الحديث عن مواضيع رئيسية أخرى ومن هذه الدراسات : –

(1) دراسة محمود أحمد مروحّ مصطفى بعنوان (الإبراء من الكفالة وصوره التطبيقية), رسالة ماجستير , الجامعة الأردنية , 1994.

تناولت هذه الدراسه موضوع الإبراء من الكفالة وصوره التطبيقية , وتحدث عن أهمية عقد الكفالة وأنه وسيلة فعالة في توثيق الحقوق وضمان ردها إلى أصحابها, وقام بتقسيم الكفاله إلى الكفالة بالمال , والكفالة بالنفس , وقام بتفصيل طرق انتهاء الكفاله وبراءة الكفيل وتحدث عن أركان الكفالة وشروطها ثم ناقش طرق انتهاء الكفاله بالمال الذي يكون موضوعها التزاما ماليا ثم فصل طرق انتهاء الكفالة بالنفس وبعد ذلك قام بعرض صور ونماذج تطبيقية معاصرة للكفالة بقسميها بالمال وبالنفس مبينا طرق انتهائها التي تخضع لأحكام القانون المدني الأردني المستمدة من الشريعة الإسلامية سواء أكانت كفالات مصرفية أم كفالات قضائية .

(2) دراسه محمد علي محمود القيسي بعنوان (الكفاله في المنظورين الشخصي والمصرفي) , رساله ماجستير , الجامعة الأردنيه , 2000

وقد تحدث في رسالته عن الكفالة وماهيتها وعن ورود الكفالة في القرآن والسنة ومن ثم أركان الكفالة من صيغة والكفيل والمكفول عنه وبه, وتناول أيضا كفالة المال وكفالة النفس, وعلاقه كل من الكفيل والمكفول عنه بالكفيل, وتحدث عن الأمور التي تنقضي بها الكفالة والصور المعاصرة للكفالة ومن ذلك التأمين التجاري وغيره من النقاط.

(3) دراسه سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ بعنوان (عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه) , رسالة ماجستير , جامعة النجاح الوطنية , نابلس , 2006

تحدثت هذه الدراسة عن الضمان العام للدائن الذي يقع على ذمه المدين المالية , ثم قامت بدراسة ما جاء من قوانين بخصوص الكفالة لتضع حدودا لمساواة حقوق الدائن والكفيل وواجباتهما, وقامت بتعريف عقد الكفالة والآثار المترتبة عليه من حيث حقوق الكفيل وأن الكفالة من التأمينات الشخصية .

عاشرا : – منهجية الدراسة

منهجية البحث في هذه الدراسة تعتمد بشكل كبير على اتباع أسلوب المنهج التحليلي إذ سيتم اللجوء إلى الأحكام وقواعد القوانين التي وضعت لتنظيم الدفع بالتجريد وذلك لدراسة الموضوع بالشكل المطلوب للوصول إلى تغطية شاملة له مع القيام بتحليل النصوص القانونية وعمليات الذهاب والإياب في أروقه القضاء بين الحين والآخر؛ للاطلاع على أحدث القرارات القضائية ذات الصله للوقوف على أرض الواقع بصلابة ؛ وذلك للوصول إلى موضوع متكامل يحقق أهداف الدراسة .

الفصل الثاني

مفهوم الكفالة وأنواعها وأركانها والآثار المترتبة عليها

يقصد بالتأمينات الشخصيه الالتزامات التي تضاف إلى التزام المدين , وهي عبارة عن ضم ذمة إلى ذمه أخرى لضمان حق الدائن , والكفالة عقد يلتزم فيه الكفيل بالضمان قِبل الدائن , وهما طرفا هذا العقد , أما المدين فليس طرفاً فيه إذ يمكن نشوء العقد دون تدخله أو علمه لا بل رغم معارضته .

أما الكفالة فلها عدد من التعريفات والأنواع بحسب مصدر التزام المدين , وبما أنها كسائر العقود فلا بد لها من توافر أركان وشروط لصحتها كالرضا والمحل والسبب , فبصحة هذا العقد فإنه يولد آثاره القانونيه بين الكفيل والدائن , والكفالة أيضاً تتشابه في الأحكام القانونية مع بعض العقود الأخرى كالتضامن والوكيل بالعمولة .

فما تعريف الكفالة ؟ وما أنواعها وأركانها والآثار المترتبة عليها ؟ هذا ما سوف أقوم ببيانه من خلال هذا الفصل .

المبحث الأول

مفهوم الكفالة وأنواعها

المطلب الأول

تعريف الكفالة لغه واصطلاحاً

الكفاله ليست إلا سوى عقد من عقود الضمان , إذ إنها تفترض دينا في ذمه شخص ما , وإلزام الكفيل بضمانه .

والكفالةُ في اللغّة :– الضمَّان , يُقالُ كَفِلَ الرّجُلَ وبالرّجُلِ كفْلاً , وكفالةً :– ضَمَنَهُ , ويَقُالُ كَفِلَ المال , وكَفِلَ عَنهُ المالَ لغِريمهِ فَهُوَ كَافِلٌ , وأَكْفَلَ فُلاَناً المالَ أَي جعَلهُ يضَمنَهُ .[1]

وفي الحديث الشريف " كافلُ اليتيمِ لهُ أو لغيرهِ , أنا وهو كهاتينِ في الجنةِ وأشار مالكٌ بالسبابة والوسطى"[2]

وقال الزمخشري في أساس البلاغة : – كفل هو كافيه وكافله وهو يكفيني أي يعولني وينفق عليّ , وأكفلته إياه وكفلته , قال تعالى (فقالَ أكفلنيها)[3]. وقال تعالى (وكَفلهاَ زَكريَّا)[4] وهو كفيل نفسه وبحاله ، وكفل عنه لغريمه بالمال وتكفل به ، وهو كفل بين المكفول له أي لا يثبت على ظهر الدابة . وأكفلني ماله أي ضمنه إلي وجعلنى كافله أي القائم به وهم بالخبر كفلاء [5] .

---

[1] - مصطفى ، محمود أحمد ، (تموز 1994). **الأبراء من الكفالة وصورة التطبيقية** ،(رسالة ماجستير) ص (7)

[2] - الحجاج , مسلم . **صحيح مسلم** . الجزء الثامن عشر , حديث رقم 7394 – 42 /2 , الطبعه الثانيه عشر , (2006) , دار المعرفه , بيروت , ص 313 .

[3] - س (ص) ، أية (23).

[4] - س (ال عمران) ، أية (27).

[5] - برج ، أحمد محمد ، (2004) . **الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الأسلامي** ، دار الجامعة الجديدة للنشر, ص 4 .

اما تعريف الكفالة اصطلاحا فإنه لا يختلف عن معناها في اللغه ولكن اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم واحد لها , كالاتي : –

تعريف الكفالة عند الأحناف

عرف الأحناف الكفالة بتعريفين :–

التعريف الأول:

ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو بدين أو عين [1]

التعريف الثاني :

ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة [2]

والتعريف الذي اختاره أكثر الحنفية هو تعريف ابن عابدين " لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس وبالدين , وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونه لنفسها , ولو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين الواحد دينين , دين في ذمة الأصيل , وآخر في ذمة الكفيل , وعلى هذا القول يكون التعريف غير جامع لكل أفراد المعرف وهي الكفالة بأنواعها . " [3]

تعريف المالكية:

الضمان شغل ذمة أخرى بالحق [4]

تعريف الشافعية:

" هو حق ثابت في ذمه الغير أو إحضار عين مضمونه أو بدين من يستحق حضوره "[1]

---

2 - أبن عابدين ، محمد أمين . (1966) ، **حاشية رد المختار على الدر شرح تنوير الابصار** ج 5 شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي واولادة ، ص 281

[2]- **شرح فتح القدير** ، ج 7 ، ص 163

[3]- السيد ، علي محمد . **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقة الاسلامي** ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، ص 5

[4]- الخليل ، أبن اسحاق . **مختصر الخليل** ، ج 6 ، مصر ، ص 21

" وهناك ثلاثه أنواع للضمان عند الشافعية هي : –

1 – ضمان الدين وهو يتعلق بالذمة فقط وهذا هو النوع الأغلب والأكثر .

2 – ضمان البدن وهو يتعلق بالذمة والعين .

3 – ضمان العين كأن يقول ضمنت دينك في هذه العين . "[2]

تعريف الحنابلة:

" الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعا ... " [3]

تعريف الكفالة وفق القانون المدني المصري

عرف المشرع الكفالة بأنها " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " [4]

ويتضح من هذا التعريف أن الكفالة تفترض وجود دين أصلي تعمل على ضمان الوفاء به . فالكفالة تابعة دائما لالتزام من الالتزامات, والتبعية هي من أهم خصائص الكفالة , بل هي أهم خصائص التأمينات جميعها على اختلاف أنواعها .[5]

وأن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن أما المدين فليس طرفا بهذا العقد والكفالة تتم بينهما بمجرد اتفاقهما دون حاجة إلى رضا المدين , ووفق هذا العقد يتولد التزام شخصي في ذمه الكفيل بالوفاء إذا لم يف به المدين فالكفيل ملزم بالضمان .

---

[1]- مشار اليه في , مصطفى ، محمود أحمد ، مرجع سابق ، ص 9

[2]- السيد ، علي محمد ، مرجع سابق ، ص 9

[3]- أحمد ، عبد الخالق حسن . **الكفالة** ، دار الهدى للطباعة ، (1986) ، ص 10

[4]- المادة 772 من القانون المدني المصري

[5]- السنهوري ، عبد الرزاق . **الوسيط** ، ج 10 ، ص 19-20

وأن الماده 773 من القانون المدني المصري تنص على أـنه (لا تثبت الكفاله إلا بالكتابة , ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة). " فالكتابة هنا ليست ركنا من أركان العقد , وإنما هي دليل إثبات العقد الذي تم وبالتالي إذا تخلفت الكتابة في عقد الكفالة , فإن العقد لا يكون باطلاً , وإنما لإثبات هذا العقد , لابد من توافر دليل أقوى من الكتابه كالإقرار , حتى ولو كان الالتزام الأصلي يمكن إثباته بالبينة ."[1]

إذاً فماذا عرف المشرع الأردني الكفالة ؟

قد عرف المشرع الأردني عقد الكفالة في الماده 950 من القانون المدني الأردني التي تنص على أن " الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام " وقد استقى التعريف من القانون المدني العراقي الذي بدوره أخذه عن الفقه الحنفي وتقنينه مجلة الأحكام العدلية [2] وأن السبب الذي دفع المشرع الأردني إلى الأخذ بالتعريف هو تبنيه لوجهه النظر الإسلامية وعلى وجه الخصوص الفقه الحنفي الذي يجيز للدائن مطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معا .

" ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع , وهو لا يكفي لتمييز الكفالة عن بعض النظم القانونية القريبة منها . فالتضامن مثلا يمكن أن ينطبق عليه هذا التعريف حيث تُضم ذمة كل مدين متضامن إلى ذمم المدينين الآخرين في المطالبة بتنفيذ الالتزام , لذلك كان لابد لكي يأتي تعريف الكفالة جامعا مانعا مميزاً لها عن التضامن , أن يشار إلى تعهد الكفيل بوفاء التزام المدين , إذا لم يقم به المدين نفسه .

---

[1]- أحمد ، عبد الخالق حسن مرجع سابق ،.ص 12

[2]- عرفت المادة (612) من مجلة الاحكام العدلية الكفالة بإنها " ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء "

لذلك كان تعريف المادة 625 من القانون المدني البولوني أدق إذ عرفت الكفالة بقولها : " الكفيل بمقتضى عقد الكفالة يلتزم تجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين , إذا لم يقم المدين بنفسه بتنفيذه " [1]

ووفق القانون المدني الأردني يظهر أن لعقد الكفالة طرفين, هما الكفيل وهو الضامن, والمكفول له وهو الدائن ولم يعد المدين الأصلي طرفا في هذا العقد وقد أكد على ذلك وفق نص الماده 951 من القانون المدني الأردني التي تنص على (يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل مالم يردها المكفول له).[2]

---

[1]-مشار اليه في , السرحان ، عدنان ابراهيم . **العقود المسماه في المقاولة الوكالة الكفالة** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، (2001) ، ص 180

2- قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2005/1841 (هيئة خماسية) تاريخ 2005/11/20

يستفاد من المادة 951 من القانون المدني ، أنه يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له وأن المادة 1/979 من ذات القانون تنص على أنه : ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها . وحيث أن من الثابت في الدعوى أن المدعى عليهما وافقا على تلك الكفاله بدليل استعمالهما لها في رفع إشارة الحجز التحفظي عن قيد قطعة أرضهما المحجوزه في الدعوى الابتدائية رقم 98/963 المقامه ضدهما من قبل المدعي فيها وائل عواده فإنها تغدو والحالة هذه ملزمة لهما ويكون من حق المدعي الرجوع عليهما بقيمة الدين الذي وفاه طبقاً لأحكام المادة 986 من القانون المدني .منشورات عداله.

2

المطلب الثاني

أنواع الكفالة

إن عقد الكفالة الذي يبرم بين الكفيل والدائن يكون دائما اتفاقيا فالكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل يتعهد الكفيل بموجبه بالوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا لم يقم هذا المدين بالوفاء, وتختلف أنواع الكفالة بحسب مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل فما أنواع الكفالة ؟

الكفالة إما أن تكون كفالة اتفاقية أو قانونية أو قضائية والكفالة كذلك قد تكون بالمال أو بالنفس .

الفرع الأول :- أنواع الكفالة بحسب مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل

الغصن الأول : - الكفالة الاتفاقية

إن الأصل في العقود (العقد شريعة المتعاقدين) ولذلك فإن الكفالة تكون دائما اتفاقية حيث " إذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو الاتفاق القائم بينه وبين الدائن أو بينه وبين شخص آخر يشترط لمصلحة الدائن , فإن الكفالة توصف بأنها اتفاقية "[1]

وبذلك فهي اتفاق بين الدائن والمدين على أن يقوم المدين بتقديم كفيل , مقابل أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه بأن يؤدي خدمة للمدين أو الدائن .

فالقانون المدني الأردني في الماده 951 اشترط في انعقاد الكفالة وعدّها نافذه بإيجاب الكفيل وحده , وعدّها صحيحة مالم يقم الدائن بردها , ولم يشترط قبول الدائن لعدّها صحيحة .[2]

[1] ناغو ، سمير عبد السيد . **التأمينات الشخصية والعينية** ، منشأه المعارف في الاسشكندرية ، (1975) ، ص 33-

2- قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 2009/364 (هيئة خماسية) تاريخ 2009/10/11
يعتبر عقد الكفالة من العقود غير اللازمة ويكفي في انعقاده ونفاذه إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له وأن يكون الكفيل أهلاً للتبرع وفق ما تقضي به أحكام المادتين [951و 952] من القانون المدني وليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبة أو موافقته وقام الكفيل بأدائها عملاً بأحكام المادة [1/979] من القانون ذاته باعتبار أن الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام وفق أحكام المادة [950] مدني. منشورات عدالة [2]

وأما القانون المدني المصري فقد عرف الكفالة بحسب المادة 772 بأنها "(عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه) .

" ويكفي في القانون المدني المصري أن يكون رضا الدائن ضمنا لأن الكفاله انعقدت لمصلحته(المادة 98 مدني مصري) .

أما رضا الكفيل فبعضهم اشترط أن يكون رضاه صريحا . وبعضهم اكتفى أن يكون ضمنا ."[1]

الغصن الثاني:– الكفالة القانونية

قد يلتزم المدين في بعض الأحيان بتقديم كفيل بناء على نص القانون , وبذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل في هذه الحالة هو القانون , ومن أمثله ذلك ما نصت عليه الماده 457 /2 مدني مصري من أنه" اذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع , أو إذا خيف على البيع أن ينزع من يد المشتري , جاز له – مالم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن , حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا ." [2]

ففي هذا النوع من الكفالة يلزم المدين بتقديم كفيل تطبيقا لنصوص القانون, وبذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون في هذه الحالة, ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة 595 من القانون المرافعات المدنية رقم 25 لسنه 1971 " لا يجوز إيقاع البيع إلا بمن يدفع الثمن نقدا في الجلسة أو لمن يكون معروفا أو لمن يقدم كفيلا مقتدرا ."[3]

---

[1]- أبو مشايخ ، سعاد توفيق . مرجع سابق ، ص 31

[2]- حسن ، توفيق . **التأمينات الشخصية والعينية** ، (1986) ، ص 17

[3]- - مشار اليه في ,أبو مشايخ ، سعاد توفيق . مرجع سابق ، ص 32

الغصن الثالث : – الكفالة القضائية

هي الكفالة التي تكون بناء على حكم صادر من القاضي, فيصدر قراره بإلزام المدين بتقديم الكفالة , وبالتالي يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة هو حكم المحكمة .

" ومن أمثله الكفالة القضائية الكفالة التي تقدم طبقا لنص المادة 829 من القانون المدني المصري التي تقضي بأن للمحكمة إذا ما وافقت على قرار أغلبية الشركاء على الشيوع بإجراء تغيرات أساسية في المال الشائع أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات " [1]

" وينبغي الإشاره إلى أن الكفالة لا تعدّ قضائية إلا إذا استندت في مصدرها إلى حكم القاضي , أي كان الحكم بها من إطلاقات السلطة التقديرية للمحكمة , إلا إن كان صدور الحكم بالكفالة وجوبيا تطبيقا لنص في القانون , فإن الكفالة تعدّ قانونية ولا تتغير طبيعتها لمجرد نطق القاضي بها , بل

إن القاضي إذا لم يلزم المدين بتقديم كفالة في هذه الحالة , يكون حكمه مخالفا للقانون " [2]

الفرع الثاني : – أنواع الكفالة في الفقه .

الغصن الأول : – الكفالة بالمال

الكفالة بالمال هي أحد أنواع الكفالة, وهي أهم نوع فيها إذ بها تتحقق غاية عقد الكفالة من التوثق والضمان, وإن الالتزام في هذه الكفالة يكون التزاما ماليا, وهي ضم ذمة الكفيل أي ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين . وقد عرفتها المجلة بأنها الكفالة بأداء المال , ككفالة أحد أو دين صحيح." [3]

---

[1]- شرف الدين ، أحمد . **التأمينات الشخصية والعينية الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز** ، ص 20

[2]- منصور ، محمد حسين . **النظرية العامة للإئتمان** ، منشأه المعارف بالاسكندرية ، ص 86

[3]- عبد المجيد ، محمد حمد . **الأثار المترتبة على الكفالة دراسة مقارنة** ، (رسالة ماجستير) ، تموز (1997) ، ص 18

وأن الكفالة بالمال " هي الكفالة التي يلتزم بها الكفيل بأداء مال التزام المدين بالوفاء به للدائن وهذه الكفالة تشمل أنواع الكفالة الأخرى خارجا عنها الكفالة بالنفس , وهي الأصل في الكفالة والغالب فيها , لذلك فإن المشرع الأردني لم يشر إلى هذا النوع صراحة كما نص على الكفالة بالنفس . [1]

الغصن الثاني : – الكفالة بالنفس

" عرف الحنفية الكفالة بالنفس بأنها الكفالة التي يكفل فيها شخص تسليم شخص معلوم .

وعرفها المالكية بأنها الالتزام بالائتيان بالغريم عند الأجل .

وعرفها الشافعية بأنها التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة .

وعرفها الحنابلة بأنها التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لديه " [2]

" ويرى أكثر أهل العلم ومنهم الفقهاء السبعة بالمدينة والقاضي شريح والشوري والليث والحنفيه والمالكية والشافعية في أحد قولهم والحنابلة والزبيدية والإمامية والإباضية في قولهم صحة كفالة النفس , وللمضمون له عند حلول الأجل أن يطالب الكفيل بإحضار المدين , وقد استدل أصحاب هذا القول على مشروعية الكفالة بالنفس بالكتاب والسنة والمعقول . "[3]

"والكفاله بالنفس معناها إحضار المكفول به , وجائزه عند بعضهم وإنما بعضهم الأخر فلا تجوز الكفالة بالنفس على أساس عدم قدرة الكفيل على تسليم المكفول به حيث لا ينقاد له بما يمانعه أو يدافعه , ومن يجوز الكفالة بالنفس يستند إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم , ويمكن للكفيل أن يستعين بأعوان القاضي لتسليمه فضلا على أن الشخص لا يكفل إلا من يقدر على تسليمه وينقاد له" [4]

[1]- السرحان ، عدنان ابراهيم . مرجع سابق ، ص 256
[2]- دراسة عبد الحميد ، محمد حمد . مرجع سابق ، ص 21
[3]- السيد ، علي محمد ، مرجع سابق ، ص 26
[4]- أحمد ، عبد الخالق حسن . مرجع سابق ، ص28

والكفالة بالنفس هي التي يضع فيها الكفيل التزاماً على عاتقه بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له فالمشرع الأردني قد استمد أحكامه من الفقه الإسلامي وبالتالي فقد أخذ بالكفالة بالنفس وعدّها جائزة .

" فالكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له فإن لم يفعل جاز للمحكمة أن تقضي عليه غرامة تهديدية ولها أن تعفيه منها إذا أثبت عجزه عن إحضاره ."[1]

إذاً فهل فرض المشرع غرامات على الكفيل لإجباره على تنفيذ التزامه ؟

نرى أن المشرع الأردني قد أجاز فرض الغرامة التهديدية على الكفيل لإجباره على تنفيذ التزامه على الرغم أنه لم يقم بالأخذ بها على وجه صريح كوسيلة من وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني وسبب هذا التناقض أن المشرع الأردني قد أخذ من القانون المدني العراقي الذي أخذ بدوره بالغرامة التهديدية في عقد الكفالة تطبيقا للقاعدة العامة في التنفيذ بطريق الغرامات التهديدية .

[1]- المادة ، 2/961 ، من قانون المدني الأردني

المبحث الثاني

أركان الكفالة وتميزها عن النظم المشابهة لها

المطلب الأول

أركان الكفالة

الكفالة عقد من العقود , ولكل عقد أركان وشروط تقيمه وترتب آثاره عليه , وبما أن الكفالة عقد كسائر العقود يضبطها ما يضبط العقود من أركان, ويجب توافر هذه الأركان لوجود أي عقد , وأركان كل عقد هو مالا يتحقق إلا بها , سواء في القانون المدني أو في الفقه الإسلامي, سواء أكانت في القانون المدني أم في الفقه الإسلامي ولكل منهم أسلوبه الخاص في بيان أركان الكفالة.

فإذاً ما هذه الأركان ؟

الفرع الأول : - أركان عقد الكفالة في الفقه والقانون

"مصدر الكفالة عند جمهور الأحناف والظاهرية والشيعة الإماميه هو العقد , فالكفالة تتم بالإيجاب والقبول, الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب " الدائن " وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر وفي قوله الأول أن الكفالة تتم بالإيجاب فحسب , أما عند جمهور الفقه الإسلامي فالكفالة تتم بإيجاب من الكفيل وحده ."[1]

والركن هو ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته أما الكفالة في القانون المدني فهي عقد رضائي بمجرد اقتران القبول مع الإيجاب , دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر وقد

---

[1]- أحمد ، عبد الخالق حسن . مرجع سابق ، ص 31

نصت الماده 951 من القانون المدني الأردني " يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له ".

وبما أن الكفالة عقد كسائر العقود لا بد من توافر أركانه وشروطه لكي يكون صحيحا وبالتالي لا بد من وجود الرضا والمحل والسبب , وأن تتوافر الأهلية لدى المتعاقد , وأن تكون الإرادة غير مشوبة وخالية من العيوب .

الغصن الأول : – الرضا

يعدّ الرضا من أول أركان عقد الكفالة , فهل يشترط في هذا العقد توافر الإيجاب والقبول ؟

نرى أن الكفالة عند جمهور الأحناف تعدّ عقدا , إيجاب من الكفيل وقبول من الطالب , أي لا بد من الرضا , فقد جاء في شرح الدر المختار (وركنها إيجاب وقبول) , وقد جاء في البدائع أما الركن فهو الإيجاب والقبول , الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب هذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر .

وحجة الطرفين أن الكفالة فيها معنى التمليك ، و التمليك لا يتم إلا بالإيجاب و القبول كالبيع , و يشترط عندهما قبول الطالب في مجلس العقد ، أما إذا كان الطالب غائباً ، فيشترط لإتمام عقد الكفالة أن يقبل عن الطالب في مجلس العقد الفضولي ، و تتوقف الكفالة بعد ذلك عن الإجازة من الطلب ، ولكن يجوز للكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة التي قبلها الفضولي قبل صدور الإجازة من الطالب ، أما بعد صدور الإجازة فلا يجوز له ذلك.[1]

[1]- أحمد ، عبد الخالق حسن ، مرجع سابق . ص 38

و يرى جمهور الفقهاء من المالكية و الحنابلة و الأصم عند الشافعية و الرؤية الأصم عن أبي يوسف أنه لا لزوم لقبول المكفول له، و تتحقق الكفالة بإيجاب الكفيل فقط ووافقهم ابن حزم في ما يتعلق بالكفالة بالمال.[1]

وقد استدل أصحاب هذا الرأي إذ روى الإمام البخاري في صحيحه عن سلمه بن الأكوع رضي الله عنه قال : " كُنَا جلوساً عند النّبي صلى الله عليه وسلم إذ أُتي بجنازة فقالوا صلِّ عليها فقال هل عليه دين قالوا لا فقال هل ترك شيئا قالوا لا فصلّى عليه ثم أُتي بجنازة أخرى فقالوا يا رسول الله صلِّ عليها قال هل عليه دين قيل: نعم , قال فهل ترك شيئا قالوا ثلاثة دنانير فصلى علّيها, ثم أُتي بالثالثة فقالوا صلّ عليها قال هل ترك شيئا؟ قالوا لا قال فهل عليه دين قالوا ثلاثة دنانير قال صلّوا على صاحبكم قال أبو قتاده : صلّ عليه يا رسول الله وعليّ دينه فصلى عليه. [2]

اما عقد الكفالة في القانون المدني هو من العقود الرضائية ومن ثم يكفي لانعقاده وجود التراضي ، ويتحقق التراضي كوجود بند التعبير عن إرادتين متطابقتين ، هما إرادتا الدائن و الكفيل.طرفا العقد فلا حاجة إلى رضاء المدين, و هو ما نصت عليه المادة 775 مدني مصري على ما أسلفنا – بقولها" تجوز كفالة المدين بغير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته.و يمكننا من المادة 323 مدني مصري الوفاء من غير المدين ولو كان هذا الوفاء دون علم المدين أو رغم إرادته."[3]

"ووجود الرضا بعقد الكفالة يستلزم التعبير عن إرادتين متطابقتين ،و هو ما يعبر عنه بالتطابق الإيجاب و القبول يستلزم عدا عن تطابق الإرادتين أن تكون الإرادة حرة سليمة لا يشوبها أي عيب من العيوب ،

---

[1]- مصطفى ، محمود أحمد ، مرجع سابق . ص 32

[2]- صحيح البخاري , مرجع سابق , كتاب الحواله , باب إن أحال دين الميت على رجل جاز , حديث رقم 2289 , ص 132

[3]- خطاب , طلبه وهبه . **عقد الكفاله , (1987)** , ص 43

ويعد تطابق الإيجاب و القبول شرطا للانعقاد وبينما يعد خلو الإرادة من العيوب شرطا للصحة. هذا هو الحكم في القوانين الأخرى .

أما القانون المدني الأردني فقد اختار أن يتبنى وجهة نظر جانب من الفقه الإسلامي ،إذ اكتفى في انعقاد الكفالة بمجرد إيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول المكفول له وإن أجاز له رد كفالة الكفيل."[1]

إذاً ما رأي المشرع الأردني في لزوم قبول المكفول له ؟

نرى أن القانون المدني الأردني يتفق مع الرأي الغالب عند المالكية و الحنابلة و الأصم عن الشافعية بعدم لزوم قبول المكفول له و هذا ما نصت عليه المادة 951 قانون مدني" يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يرد من المكفول له" والمادة 621 من مجلة الأحكام العدلية .

الغصن الثاني : -

الأهلية

إن الأصل في عقد الكفالة أنه من عقود التبرع, وهذا العقد يلزم الشخص في أن تتوافر فيه أهليه التبرع , وبالتالي يجب توافر هذه الأهلية أيضاً في الكفالة بحسب الأصل فيكفي أن يكون الدائن مميزا, لأن عقد الكفالة بالنسبة له من الأعمال النافعة نفعا محضا.

أما بالنسبة للكفيل فهي من الأعمال الضارة ضررا محضا, وسوف أقوم بالتمييز بين أهلية الدائن والكفيل وفق التفصيل الآتي:-

[1]-السرحان , عدنان ابراهيم . **العقود المسماه في المقاوله والوكاله الكفاله** , دار الثقافه للنشر والتوزيع , (1996) , ص 187

أولاً : - أهلية الكفيل

لاتصح الكفالة إلا ممن يملك التبرع ,لأنه عقد التبرع ابتداءً , فلا تصح من الصبي ولا المجنون (وأهلها من هو أهل التبرع ،فلا تنفذ من الصبي ولا المجنون... ولامن مريض إلا من الثلث). "واستثناء من هذة القاعدة ؛إنه يجوز عند الأحناف كفالة الصبي إذا استدان الأب أو الوصي دينا في نفقة اليتم, فإذا أمره الأب و الوصي أن يضمن المال عنه , صحت كفالة الصبي .

وجاء في البدائع:- الذي يرجع إلى الكفيل فأنواع ,منها :- العقل ومنها البلوغ وأنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي المجنون لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليست من أهل التبرع إلا أن الأب أو الوصي لو استدان دينا في نفقة اليتيم و أمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز. [1]

وبحسب الأصل أن الكفالة من أعمال التبرع والمتبرع هو الكفيل وبما أن الكفيل هو المتبرع فتعد الكفالة بالنسبة آلية من الأعمال الضارة ضرراً محضاً فلا تنعقد إلا إذا كان كامل الأهلية غير محجور عليه , فإذا كفل الصبي المميز فإنها تقع باطلة بطلاناً مطلقاً , ولكن ليس بالضرورة أن تكون الكفالة تبرع فقد تكون مقابل عوض فإنه "إذا انتفت عن الكفالة الصفة التبرعية يكفي أن تتوافر فيه أهلية إبرام التصرفات المترددة بين النفع, فإذا كان صبيا مميزاً أو من في حكمه خضع تصرفه للإجازة ولكن تصرفه يقع صحيحا متى كان بالغا راشدا."[2]

والكفالة في القانون المدني الأردني والفقة الإسلامي تبرع محض ويجب توافر أهلية التبرع وقد اتفق القانون مع جمهور الفقه الإسلامي, ولاخلاف في درجة الأهلية المطلوبة، وان القانون المدني الأردني

[1] - مشار اليه في ,أحمد ، عبد الخالق حسن ، مرجع سابق . ص28

[2] - فرج . توفيق حسن , مرجع سابق . ص 26

اشترط لصحة الكفالة أن يكون أهلا للتبرع وهذا مانصت علية المادة 952 مدني اردني (يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلا للتبرع).

وكما نرى فالمشرع الأردني قد أخذ نص المادة من مجلة الأحكام العدلية حيث إن المجلة أكدت على أهلية التبرع فإنه وقف نص المادة 628 التي نصت على أنه "يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلا بالغا فلا تصح كفالة المجنون و المعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يؤاخذ و إن أقر بعد البلوغ بهذه الكفالة."[1]

"ولم يختلف فقهاء القانون المصري في اشتراط أهلية التبرع للكفيل فهو ضمن العقود التبرعية وفق الأصل, فلا تجوز الكفالة الصادرة من السفيه وذي الغفله والمحجور عليه بجنون أو عته , ويجب أن يكون عاقلا بالغا سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (الماده 44 مدني مصري) وإلا وقعت الكفالة باطله بطلاناً مطلقاً . "[2]

ثانياً : -أهلية الدائن المكفول له

تحدثنا أن عقد الكفالة هو من العقود التبرعيه وفق الأصل " وحيث يعد الدائن كالمتبرع له , فلا يشترط من جانبه سوى أهلية التعاقد فيكفي إذ يكون مميزا إذا لم يدفع مقابل الكفالة , على أن تتوافر فيه أهلية التصرف إذا كان قد دفع مقابلا لذلك الكفالة ."[3]

وحيث إن الكفالة بالنسبة للدائن هي من الأعمال النافعة نفعا محضاً فلا يلزم له أهلية معينة إذ إن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل وحده ولا يشترط أن يكون الدائن أهلا للقبول , ونرى هنا أن القانون الأردني " لم

[1]- أبو مشايخ .سعاد توفيق , مرجع سابق . ص 72
[2]-- أبو مشايخ .سعاد توفيق , مرجع سابق . ص 73
[3]-عبده , محمد علي . **عقد الكفاله** , (2005) , منشورات زين الحقوقيه , لبنان , ص 26

يتطرق إلى الأهلية التي يجب توافرها في الدائن المكفول له ويعود ذلك في اشتراطه لانعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل وحده وقد تأثر في ذلك بمجلة الأحكام العدلية التي بدورها تأثرت برأي جمهور الفقهاء من المالكية وأبي يوسف الذين لم يشترطوا أهلية معينة للدائن والمشرع المصري أيضاً يوافق موقف جمهور الفقه الإسلامي والمشرع الأردني إذ إنه لم يشترط أهليه معينة للدائن, إذ عدّ سكوت الدائن إذا وجه إليه الكفيل إيجابا بالكفل دون فقال , قبولا وذلك وفق المادة 98 / 2 من القانون المدني المصري .

الغصن الثالث : –المحل

وهو الركن الثاني لعقد الكفالة وهو الالتزام الذي التزم به الكفيل وهو ما يسمى بالمكفول به أو المضمون, وتعرف الكفالة في الفقه الإسلامي بأنها (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي) , ويلزم بالمطالبة التي لزمت المدين الأصلي , فالتزام الكفيل هو مطالبته من قبل المكفول له بتنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق المكفول عنه , لأن أصل الدين بعد الكفالة على الأصيل , وموجب الكفالة زياده الحق المطالب في المطالبة "[1] وأن هناك شروطا للمكفول به لابد منها لكي تصح الكفالة , **وهذه الشروط هي** – :

1 – أن يكون الالتزام موجودا أو ممكن الوجود

إن الكفالة هو عقد تابع للالتزام الأصلي ودون هذا الأخير لا تقوم الكفالة , والكفالة هي ضمان ووضعت توثيقاً للدين، وبدون وجود الدين لا يمكن انعقادها ,وبانعقادها يصبح الكفيل ملزماً بتنفيذها ولا يجوز له الرجوع عنها وقد جاء في الماده 2/778 مدني مصري (تجوز الكفالة في الدين الشرطي) .

[1] -- أحمد ، عبد الخالق حسن, مرجع سابق . ص42

فإذا كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف كان التزام الكفيل كذلك فإذا تحقق الشرط أصبح التزام المكفول عنه نافذاً وتبعه التزام الكفيل , وإذا تخلف الشرط يزول التزام المكفول عنه وعليه يزول التزام الكفيل .

"وتجوز كفالة الدين المعلق على شرط فاسخ فإذا تحقق الشرط الفاسخ, فإن الدين الأصلي ينفسخ بأثر رجعي وكذلك ينفسخ التزام الكفيل تبعا لذلك ."[1]

وبالتالي نرى أن المشرع الأردني قد أجاز كفالة الالتزام قبل وجوده وأن الكفالة يمكن أن تنعقد قبل ثبوت الدين المكفول وأعطى للكفيل الحق بالرجوع عن كفالته قبل ترتب الدين ,وحيث إن الماده 959 من القانون المدني الأردني نصت على (أن للكفيل في الكفاله المطلقة أو المضافة أن يرجع عن كفالته قبل ترتب الدين).

2 – أن يكون الالتزام معينا أو قابلاً للتعيين

"يشترط في محل التزام الكفيل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين على الأقل وإلا كان عقد الكفالة باطلا , ومحل التزام الكفيل مرتبط بتعيين التزام المدين لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين , ولكن من الجائز أن يكون التزام الكفيل مستقلا عن التزام المدين ."[2]

"ويرتبط تعيين التزام الكفيل بتعيين الالتزام الأصلي , وفي هذه الحالة يكون محل التزام الكفيل قابلا للتعيين عن طريق تعيين الالتزام الذي يكفله ويكون ذلك بتعين طرفي الالتزام الأصلي ومحله ومصدره. ويتعين طرفا هذا الالتزام بذكر شخص كل من الدائن وهو الطرف الأقوى عند الكفالة والمدين الذي وإن

---

[1]-مرقس , سليمان . **عقد الكفاله** , دار النصر للجامعات المصريه , ص 31

[2]-. أحمد ، عبد الخالق حسن , مرجع سابق . ص 64

لم يكن طرفا في عقد الكفالة إلا أنه يجب تحديده إذ قد يكون للدائن مدينين آخرين, فيتعين أن يعرف الكفيل أي مدين يكفله ليرجع عليه بعد الوفاء ."[1]

وبذلك لا بد من تعين محل الكفالة تعيناً نافياً للجهالة من حيث أطرافه ومصدره ومحله إذ إنه لا يكفي لصحة الكفالة أن يكون الالتزام موجوداً, فلا بد من تعين الالتزام ,وبالتالي فإنه لا تصح كفالة المجهول.

وكما نلاحظ فالمشرع الأردني اكتفى بخصوص هذا الشرط بنص الماده 954 التي جاء فيها (يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونا على الأصل دينا أو عينا أو نفسا معلومة وإن يكون مقدور التسليم من الكفيل) .

ووفق هذا النص فإن المشرع الأردني لم ينص على ضرورة أن يكون الالتزام معينا أو معلوماً ولكن اشترط ذلك عندما يكون المكفول به نفسا فيجب أن تكون النفس معلومة, وإن الجهالة التي تسامح فيها القانون الأردني إنما تنصب على مقدار الالتزام أو الدين لا غيره .

" ولكن في كل الأحوال فإن هذه الجهاله في المكفول به إن كان مالا لا نفسا التي تسامح فيها القانون المدني الأردني ,ولا يمكن أن تقبل على وجه الاختلاف , فعلى الأقل يجب مراعاة ما اشترطه القانون ذاته من ضرورة أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل , فإذا كانت الجهالة فاحشة كضمان جزء غير معين من الدين , فإنها قد تؤدي إلى عجز الكفيل , فلا تصح الكفالة عندئذ لعدم إمكانية تحقق المقصود منها ."[2]

3- أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل ومقدورا على تسليمه

إن التزام الكفيل هو التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل فيجب أن يكون المكفول به مضمونا

[1]- السرحان , عدنان ابراهيم . مرجع سابق . (1996) , ص 198
[2]- شرف الدين , أحمد , مرجع سابق . ص 37

على الأصيل كي تصح الكفالة و إذا كان غير مضمون على الأصيل فاختلف الفقهاء حول صحة الكفالة ولكن رأي الجمهور هو عدم صحة الكفالة غير المضمونة على الأصيل .

"فالتزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول عنه, والالتزام التابع لا يقوم إلا إذا قام الالتزام المتبوع , وعلى ذلك يلزم في الكفالة أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل بمعنى أن يكون إبقاؤه متوجباًعلى المدين الأصلي, فإن لم يكن المدين ملزما بالوفاء فلا تصح الكفالة , ويترتب على كل ما تقدم عدم صحة كفالة الالتزام الطبيعي لأن هذا الالتزام غير مضمون على المدين ولاتصح مطالبته به قضاءً وإن جاز أن يوفي به باختياره ."[1]

وحيث اكدت المادة 954 من القانون المدني الأردني التي تنص (يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل دينا أو عينا أو نفسا معلومة ...))

ويجب أن يكون المكفول به مقدور التسليم على الكفيل حيث عرفنا فيما سبق بأن الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبه بتنفيذ الالتزام .

و أن الكفالة لا تكون صحيحة إذا كان التزام الكفيل لا يستطيع أن يقوم فيه مقام المدين الأصلي وبما أن الكفالة الغاية منها الائتمان فإنها تفقد فائدتها و غايتها, إذا كان المكفول به غير مقدور التسليم من الكفيل و هذا ما أكدت عليها المادة 954 من القانون المدني الأردني وعدّه شرطا لصحة الكفالة.

الغصن الرابع : – السبب

تنص الماده 165 من القانون المدني الأردني على أنه : "

1 – السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

---

[1]- السرحان , عدنان ابراهيم , مرجع سابق . ص199

2 – ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب" .

وأن السبب هو الدافع الحقيقي للعقد ولا بد من توافر الشروط العامة فيه من صحة الوجود ,وأن يكون غير مخالف للنظام العام و الأدب وغيرها فالأصل في عقد الكفالة هو التبرع ويقوم بضمان دين على المدين دون الحصول على مقابل, وقد يكون السبب معاوضة كأن يلتزم الكفيل بتنفيذ التزام المدين تجاه الدائن أو إذا لم يقر به المدين و يكون فالعقد يرتب التزاما على كل من الطريقين .

"ويفترض بالسبب إنه مشروع ولو لم يذكر في العقد ،وعلى الكفيل أن يثبت عكس ذلك وهذا ما أكدت عليه الماده 2/166 من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه : " 2 – ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك ."[1]

[1]- يقابلها الماده 137 من القانون المدني المصري.

المطلب الثاني

تميز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة لها

يتشابه عقد الكفالة مع عقود أخرى, لتتشابه الأحكام القانونية فلا بد من التميز بينها وبين الأنظمة القانونية المشابهة لها .

الفرع الأول : -الكفالة والتضامن

التضامن:" وصف يحول دون انقسام الحق عند تقدير الدائنين (تضامن إيجابي) أو الالتزام عند تعدد المدينين (تضامن سلبي)."[1]

الكفالة:" ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لتنفيذ التزام."[2]

إن الكفالة تختلط بالتضامن إذ إن الكفيل يشبه المدين المتضامن فإن مركز الكفيل يشبه مركز المدين المتضامن ولكن " ومع ذلك فالفارق بين الكفالة والتضامن في صورتها الأخيره كبيرة، فالمدين المتضامن هو المدين الأصلي في مواجهة الدائن بينما الكفبل يعد مدينا تابعا ، وعلى ذلك فالدائن له ان يسأل أي من المدينين المتضامنين دون أن يتوقف ذلك على سبق سؤال المدين ذي المصلحة في الدين ، بينما في الكفالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل إلا إذا رجع أولا على المدين"[3]

أما موقف المشرع الأردني من حيث الحق بالمطالبة فإن مركز الكفيل في مركز المتضامن مع المدين في المطالبة , وعلى عكس ما جاء في القانون المدني المصري إذ إنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبة الأصيل.

---

[1]- أبو مشايخ , سعاد توفيق , مرجع سابق . ص49

[2]-الماده 950 من القانون المدني الإردني

[3]-أبو السعود , رمضان . **التأمينات الشخصيه والعينيه** , (2007) , دار الجامعه الجديده , ص43

الفرع الثاني : -الكفالة و حواله الحق

حوالة الحق : "وهي أن يحول الدائن حقا إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتضامنين أو طبيعة الالتزام ، وتم دون رضى المدين المادة 303 مدني مصري."[1]

وتعتني المادة 308 من القانون المدني بأن يضمن المحيل إذا كانت الحوالة بعوض ووجود الحق المحال به وقت الحوالة ،أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى بوجود الحق . كما تعني المادة 309 بأن لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان ."[2]

أي أن المحيل ملتزم بوفاء الدين ،إذا ثبت إعسار المدين ،وهو يشبه مركز الكفيل , ومع ذلك, فالفارق كبير . لأن موجب الكفيل هو موجب تبعي، في حين إذ موجب الكفيل أصلي .إذ إنه لا يقوم بوفاء الدين المترتب عليه. وإنما يقوم بتعويض الدائن عما يصيبه من أضرار ، نتيجة لعدم وجود الحق المحال به.

وهذا ما أكدت عليه نص الماده 958 من القانون المدني الأردني التي تنص " الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة " .

---

[1]- أبو مشايخ , سعاد توفيق , مرجع سابق . ص 57

[2]- مشار اليه في ,أبو السعود , رمضان , مرجع سابق . ص 44

الفرع الثالث : –الكفالة و الوكيل بالعمولة الضامن

الوكالة بالعمولة:

"عقد يلزم بموجبه الوكيل بأن يقوم باسمه ولحساب موكله بإنجاز عمل من الأعمال التجارية مقابل أجر يسمى بالعمولة."[1]

"ان الاتفاق الخاص بالوكالة بالعمولة في حالة الوكيل بالعمولة الضامن –يقرب إلى حد ما من عقد التأمين والائتمان يبتعد كثيرا عن عقد الكفالة . فالتزام الوكيل بالعمولة الضامن هو التزام أصلي وليس التزاماً تابعاً لالتزام المدين حيث يتعهد الوكيل بالعمولة الضامن تعويض. لو أن المدين لم يف بالتزام وليست هذه كفالة ،و نلاحظ أن هذا الوكيل بالعمولة يحصل غالبا على أجر من الدائن و هذا الأجر يقرب اتفاق الوكالة هذا من اتفاق التأمين حيث يحل القسط محل هذا الأجر. "[2]

[1]-الماده 1/80 من القانون التجاره الإردني
[2]- أبو السعود , رمضان , مرجع سابق . ص 45-46

المبحث الثالث

آثار الكفالة

"الأثر المباشر للكفالة يظهر في العلاقات بين الدائن والكفيل ,فمنها طرفاهذا العقد وإليهما ينصرف أثاره ومع ذلك فهنالك أثار أخرى تنشأ لا عن عقد الكفالة ذاته بل عن تنفيذه، و أي واقعة الوفاء من الكفيل للدائن . وتظهر هذه الآثار سواء في العلاقه بين المدين والكفيل ." [1]

عند قيام عقد الكفالة فإن هنالك آثاراً تترتب بين أطراف العقد, فما هذه الآثار ؟

هذا ما سأقوم ببيانه من حيث علاقة الدائن والكفيل وعلاقة الكفيل بالمدين في مطلب مستقل **وفق الاتي** :-

المطلب الاول

العلاقه ما بين الدائن والكفيل

" لم يأخذ القانون المدني الأردني برأي جانب الفقه الإسلامي الذي يرى أن الكفالة تؤدي إلى انتقال الدين من ذمة المدين المكفول عنه إلى ذمه الكفيل , فهذا يترتب عليه براءة ذمة المدين الأصلي , فلا يكون للدائن أن يطالبه بالدين وإنما يطالب به الكفيل الذي يصبح المدين الوحيد عندئذ . كما لم يأخذ برأي الجمهور الذي يرى أن أثر الكفالة الرئيس هو شغل ذمة الكفيل بالدين الشاغل لذمة المدين المكفول عنه مع بقائه شاغلا لذمة الأخير , فيكون كل منهما مطالبا بالدين وإنما أخذ برأي فريق من الحنفية الذي يرى أن أثر الكفالة يتمثل في ثبوت حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به مع بقاء هذا الدين شاغلا لذمة

---

[1] تناغو , سمير عبد السيد , مرجع سابق . ص 57-

المدين دون ذمة الكفيل , وهذا مستفاد من تعريفه للكفالة بأنها (ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بتنفيذ التزام) " [1]

الفرع الأول : – حلول أجل المطالبة

لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالالتزام , إلا إذ كان دين المدين حال الأداء قد نصت المادة 1/961 من القانون المدني الأردني على أنه (على الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل) والمادة 969(بأنه إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلا كان او مؤجلا).

وهذا يعني أولا جواز كفالة الدين الحال على وضعه , " حيث تجوز مطالبة الكفيل أو المدين فورا , كما تجوز كفالة الدين المؤجل بصورة مطلقة فيتحدد أجل مطالبة الكفيل بأجل مطالبة المدين ,فإذا حل الأجل كان للدائن أن يطالب المدين أو الكفيل على ما سنرى بعد قليل , ولكن لا تجوز بأي حال أن يكون أجل دين الكفيل أقرب من أجل دين لا يجوز بأي حال أن يكون أجل دين الكفيل أقرب من أجل دين المدين, تطبيقا لقاعدة أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين , وإن جاز أن يكون أهون منه " [2]وفي حالة كفالة الدين أكان مؤجلا فقد أجمع الفقهاء على أنه " إذا كان الدين حالا , تصح كفالته مؤجلا , ويكون حالا على الأصيل , مؤجلا على الكفيل , فلدائن مطالبة الدين في الحال , ولكن ليس له مطالبة الكفيل قبل الأجل المحدد " [3]

" بينما ذهب رأي آخر إلى أن كفالة الدين الحال مؤجلا تكون صحيحة وعند ذلك يتأجل على الكفيل والأصيل جميعا إلى الأجل الذي أجل إليه الدين . " [4]

---

[1]-السرجان . عدنان ابراهيم , (2009) , مرجع سابق . ص 258
[2] - أحمد ، عبد الخالق حسن . مرجع سابق . ص105
[3]- تناغو . سمير عبد السيد , مرجع سابق . ص 58
[4] - أحمد ، عبد الخالق حسن . مرجع سابق . ص218

وهذا ما يستفاد من نص المادة 970 من القانون المدني الأردني التي نصت على (إذا كفل أحدهم بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل معا إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن الأجل للكفيل فإن الدين لا يتأجل على الأصيل)

أما في حالة تأجيل الدين المكفول حالا فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة ولا تجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد وحيث نصت الماده 969 من القانون المدني الأردني على أن (إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلا كان أو مؤجلا) .

" وعلى ذلك فإذا كان الأجل واحداً بالنسبة للمدين والكفيل امتد أجل الالتزام الأصلي , بإراده الدائن او بحكم القاضي , فيترتب على تبعية التزام الكفيل أن يستفيد من ذلك فلا يجوز للدائن إجباره على الوفاء قبل حلول الأجل الجديد . ولكن للكفيل أن يتمسك بالأجل الأصلي فيلتزم الدائن بقبول الوفاء ولو لم يحل الأجل الجديد إذا كانت له مصلحة في ذلك , فقد يرى أنه من الأفضل أن يفي قبل حلول الأجل الجديد حتى يستطيع الرجوع على المدين قبل أن يعسر أو يزيد إعساره ."[1]

أما في حالة سقوط أجل الدين المكفول به فقد اختلف الفقه في حكم سقوط أجل الالتزام الأصلي إذ " إن التزام الكفيل لا يتأثر في أجله بسقوط أجل التزام المدين بسبب مما ذكر . فليس هنالك ما يمنع من استمرار أجل التزام الكفيل استجابة للقاعدة الواردة في الفقرة الثانية من المادة 780 مدني مصري وتقضي بأن الكفالة تجوز بشروط أهون أيضا , فإن انحسار آثار سقوط أجل التزام المدين يمكن تبريره بأن هذا المدين لا يملك بعد الكفالة تسوء مركز الكفيل "[2]

---

[1]-منصور .مصطفى منصور .**عقد الكفاله** , (1960) , ص 53
[2]- خطاب , طلبه وهبه , مرجع سابق . ص 78

وقد نصت المادة 973 من القانون المدني الأردني على أن :(إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في تركة من مات) .

وهنا يسقط الأجل في حالة الموت ويترتب الدين في تركه المتوفي دون الحق في مطالبة الكفيل في حالة وفاة المدين إلا عند حلول الأجل .

"وقد يسقط بأسباب أخرى قد نص عليها في المادة 404 من القانون المدني الأردني **التي جاء فيها** :

يسقط حق المدين في الأجل :-

1 – إذا حكم بإفلاسه أو إعساره .

2 – إذا لم يقدم تأمينات الدين المتفق عليها .

3 – إذا انقضت توثيقات الدين بفعله أو بسبب لا يد له فيه ما لم يبادر إلى تكملتها ."[1]

" والرأي الراجح يرى أن سقوط أجل دين المدين لا يحرم الكفيل من الأجل , لأن مقتضى فكرة التبعية لا يعني أن التزام الكفيل أشد من التزام المدين , ولكن ليس هنالك ما يمنع من أن يكون أخف منه , ولأن سحب الثقه من المدين بسبب إفلاسه أو إعساره , لا يبرر سحب الثقة في نفس الوقت من الكفيل."[2]

[1]- يقابلها الماده 273 من القانون المدني المصري

[2]- مشار اليه في ,السرحان , عدنان ابراهيم . مرجع سابق . (2009) ,ص 262

الفرع الثاني : – حق الدائن في مطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معا .

في الشريعة الإسلامية يجوز للدائن مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معا وجاء في المادة 644 من مجلة الأحكام العدلية إذ قالت" (الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل ومطالبةأحدهما لا تسقط في مطالبة الآخر .)"[1]

ونلاحظ أن المشرع الأردني يتفق مع الشريعة الاسلامية إذ تنص الماده 1/976 من القانون المدني الأردني على أن (للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا) .[2]

ويستفاد منها أنه يحق للدائن مطالبة المدين أو الكفيل بكل الدين أو جزء منه بشرط أن لا يستوفي الدين إلا مرة واحدة , فالمشرع الأردني لم يأخذ بالحكم الغالب في القوانين الوضعية التي أعطت للكفيل صفة الاحتياطية, بالالتزام إذ نصت " المادة 1/788 من القانون المدني المصري على أنه (لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين) "[3]

" وطبقا لهذا النص لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل ابتداء , وإنما على الكفيل أن يتبع ترتيبا معينا عند رجوعه على الكفيل , فيجب على الدائن الرجوع أولا على المدين , ثم الرجوع بعد ذلك على الكفيل , كما يحق للدائن الرجوع على المدين والكفيل معا في وقت واحد , وهذا ما يحدث غالبا في العمل ,أما إذا رجع الدائن على الكفيل أولا كان من حق الكفيل أن يدفع هذه المطالبة برجوعه أولا على المدين "[4]

---

[1]-خطاب ,طلبه وهبه . مرجع سابق . ص 79

2- قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1999/522 (هيئة خماسية) تاريخ 1999/4/5المنشور على الصفحة 530 من عدد المجلة القضائية رقم 4 بتاريخ 1999/1/1

الكفالة ، هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام وذلك وفق احكام المادة (950) من القانون المدني وعلى الكفيل الوفاء بالتزامه عند حلول الجل عملا بالمادة (966) من نفس القانون .

اجازت المادة (967/ 1) من القانون المدني للدائن مطالبة الاصيل او الكفيل او مطالبتهما معا .

2

[3]- مشار اليه في ,تناغو ,سمير عبد السيد , مرجع سابق . ص 60

[4]- أحمد ، عبد الخالق حسن , مرجع سابق . ص109

" وحكم القانون المدني الأردني يسري أيضا على كفيل الكفيل فقد جاء في المادة 967 / 2 أنه (وإن كان للكفيل حقه في مطالبة الباقين 3/967 . ونرى هنا أن المشرع ناقض نفسه عندما عاد لينص في المادة 972 على أنه (لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامنا معه) ولا نرى أن هناك فرقا بين كفيل الكفيل قبل الكفيل , وهي جائزه حسب الماده 2/967 أعلاه , وبين الرجوع على كفيل الكفيل قبل الرجوع على الكفيل المحضور بموجب الماده 972 أعلاه , إلا إذا قصر المشرع في الرجوع , التنفيذ على أموال كفيل الكفيل وعندئذ يكون هنالك تطبيق للدفع بالتجريد لا الدفع بعدم جواز المطالبة . " [1]

الفرع الثالث : – التنفيذ على أموال الكفيل

تنص الماده 788 من القانون المدني المصري على أن: " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ."[2]

" والحكمة من هذا الدفع , أن الكفيل ليس له مصلحة في الدين , فهو ضامن لدين غيره , ومن العدل ألا يرى أمواله تنزع منه , بينما أموال المدين قائمة لا تمس ومعنى هذا الدفع في صورة عملية ان الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالي أن تتجه أولا إلى أموال المدين فتجرده منها , وستجد لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بدينك ."[3]

وأن حق الكفيل في التمسك بتجريد المدين هو من أهم مظاهر تبعيه التزام الكفيل واحتياطيته وأنه ليس من العدل أن تنزع أموال الكفيل بينما أموال المدين لا تمس وليس من العدل أن يكون مركز الكفيل أسوأ من مركز المدين .

[1] - مشار اليه في ,السرحان , عدنان ابراهيم , مرجع سابق . (2009) , ص 263-264
[2] - مشار اليه في ,أبو السعود , رمضان . مرجع سابق . ص 109
[3] - تناغو ,سمير عبد السيد . مرجع سابق . ص 65

ما موقف المشرع الأردني من هذا الدفع ؟

المشرع الأردني لم يأخذ بهذا الدفع بقاعدة عامة وأعطى الحق للدائن في مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين, وجعل مركز الكفيل في حكم المتضامن مع المدين , ولا يحق له التمسك بهذا الدفع ولكن هناك بعض الاستثناءات , إذ نص المشرع الأردني في الماده 971 من القانون المدني الأردني التي جاء بها (إذا كان الدين موثقا بتأمين عيني قبل الكفالة , ولم يكن الكفيل متضامنا فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقه للمدين) , ويستفاد من هذه المادة على جواز الدفع بالتجريد في حاله التوثيق بتأمين عيني فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على التأمين العيني .

الفرع الرابع : – انقسام الدين في حاله تعدد الكفلاء

" إذا كفل الدين كفيل واحد , كان للدائن أن يرجع عليه بكل الدين ."[1]

أما في حالة تعدد الكفلاء سواء أكان تعددهم بعقود مختلفة أم بعقد واحد فالمشرع الأردني ميز بينهما , حسب نص المادة 974 من القانون المدني الأردني الذي جاء فيها (إذا تعدد الكفلاء لدين واحد جازت مطالبة كل منهما بكل الدين, إلا إذا كفلوا جميعا بعقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم بقدر حصته)[2]

وحيث يستفاد من هذه المادة ان المشرع الأردني قد فرق بين تعدد الكفلاء بعقود مختلفة إذ أعطى في هذه الحالة للدائن أن يطالب المدين أو أي من الكفلاء بكل الدين وأما في حالة تعددهم بعقد واحد جاز لهم التمسك بحق التقسيم ولا يحق للدائن مطالبتهم بكل الدين وإنما بمقدار حصته فقط .

---

[1]-تناغو ,سمير عبد السيد . مرجع سابق . ص 79

[2]-يقابلها الماده 793 من القانون المدني المصري

الفرع الخامس : – براءه ذمة الكفيل في مواجهة الدائن

" تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية إذا كان عقد الكفالة ذاته باطلا بطلاناً مطلقا , أو كان موقوفاً وطلب الكفيل إبطاله , وتبرأ ذمة الكفيل كذلك بصفة أصلية إذا انقضى التزامه بسبب من أسباب انقضاء الالتزام المقررة في القواعد العامة وفي مقدمتها الوفاء , ولكن الذي يعنينا هنا بصفة خاصة هو براءة ذمة الكفيل لأسباب راجعة إلى فكرته التبعية التي تربط بين التزامه والتزام المدين , والقاعدة المقررة في هذا الشأن هي أن ذمة الكفيل تبرأ بصفة تبعية بمجرد براءة ذمة المدين , لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين في وجوده وانقضائه . "

وتبرأ ذمة الكفيل أيضا بصفه تبعية إذ إن التزامه تابع لالتزام المدين الأصلي وقد نص المشرع الأردني على أسباب انقضاء وبراءة ذمة الكفيل ومنها نص الماده 987 من القانون المدني الأردني التي تنص على (تنتهي الكفالة بأداء الدين أو تسليم المكفول به وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين) وعلى ذلك فإن ذمة المدين تبرأ وذمة الكفيل تبرأ بصفة تبعية إذا قام المدين بالوفاء [1]بالدين بصورة صحيحة , وتبرأ أيضا ذمة الكفيل في حالة الوفاء الاعتياضي , إذ إنه يعد في حكم الوفاء وهذا ما تنص عليه المادة 977 من القانون المدني الأردني إذ جاء فيها (إذا استوفى الدائن في مقابل دينه شيئا آخر برئت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحق ذلك الشيء)[2]

وأيضا من أسباب المقاصة, إذا أصبح المدين دائنا لدائنه انقضى كل من الدينين بمقدار الأقل منهما (م 350 مدني أردني) , إذا تمسك بها صاحب المصلحة وصاحب المصلحة ليس المدين فقط بل الكفيل

1- قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1997/658 (هيئة خماسية) تاريخ 1997/4/26
* تنتهي الكفالة باداء الدين او تسليم المكفول به وبابراء الدائن للمدين او كفيله من الدين وذلك وفقا للمادة 987 من القانون المدني وعليه وبما ان السيارة المكفولة قد اعيد ادخالها الى المنطقة الحرة وتم التحفظ عليها في المنطقة الحرة فتكون الكفالة للسيارة قد استنفذت اغراضها واصبح الكفيل في حل من الكفالة ما دام ان السيارة المكفولة قد تم تسليمها الى المنطقة الحرة وهي الجهة التي تم تنظيم الكفالة بناء على طلبها.منشورات عداله.
1

[2]-يقابلها الماده 350 من القانون المدني المصري

أيضا , إذ يستطيع أن يتمسك بالمقاصة لأن براءه ذمة المدين تؤدي إلى براءة ذمته هو , فإن انقضى جزء من دين المدين بالمقاصة ظل الجزء الآخر وظلت ذمة الكفيل مشغولة بالمطالبة بالجزء الذي لم ينقص .

وهنالك أيضا في حالة اتحاد الذمتين فمثلاً في حالة ورث المدين الدائن فيجتمع فيه صفتا الدائن والمدين وينقضي التزام المدين إذا كان هو الوارث الوحيد وبذلك تبرأ ذمة الكفيل تبعا , وأما إذا كان هناك ورثة اخرون و تبرأ ذمه الكفيل في حدود ما برئت منه ذمه المدين وذلك وفق الماده 990 من القانون المدني الأردني (إذا مات الدائن وانحصر إرثه في المدين يبرأ الكفيل من الكفالة فإن كان له وارث آخر برؤ الكفيل من حصة المدين فقط)

ومن أسباب براءه ذمة الكفيل في مواجهة الدائن الصلح واستحالة التنفيذ ,إذ جاء في المادة 989 من القانون المدني الأردني (إذا صالح الكفيل أو المدين الدائن على قدر من الدين برئت ذمتهما من الباقي , فإذا اشترطت براءة الكفيل وحده فالدائن بالخيار, فإذا شاء أخذ القدر المصالح عليه من الكفيل والباقي من الأصيل وإن شاء ترك الكفيل وطالب الأصيل بكل الدين).

" وإذا استحال تنفيذ التزام المدين لسبب لا يد له فيه , فإنه ينقضي وفق المادة 373 من القانون المدني المصري , وينقضي التزام الكفيل بصفة تبعية , ولكن إذا كان المدين مسؤولا عن استحالة تنفيذ التزامه , فإنه يلتزم بالتعويض ويظل الكفيل ضامنا للالتزام بالتعويض . والالتزام بالتعويض ليس التزاما جديدا , ولكنه طريقة مختلفة لتنفيذ نفس الالتزام , وهي طريقة يكشف عنها عنصر المسؤلية في نفس الالتزام."[1]

[1]- - تناغو ,سمير عبد السيد . مرجع سابق . ص 103

وهنالك أسباب خاصة ببراءة ذمة الكفيل , ومنها عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين حيث " إذا أفلس المدين فلا يحق للكفيل أن يدخل في تفليسته إلا إذا كان قد وفى بالدين للدائن , أما قبل ذلك فحق الدخول في تفليسة المدين يبقى للدائن وحده .

ولذلك فرض القانون على الدائن أن يدخل في تفليسة المدين ليس حفاظا على حقه فقط, بل حفاظا أيضا على حق الكفيل , ومنعا للضرر الذي يمكن أن يسبب عدم قدرته الدخول في هذه التفليسة "[1]

وهذا ما جاء في المادة 978 من القانون المدني الأردني أنه (على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بدينه وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر) .[2]

---

[1]- السرحان , عدنان ابراهيم , مرجع سابق . (2009) , ص 279

[2]-يقابلها الماده 786 من القانون المدني المصري

المطلب الثاني

علاقة المدين بالكفيل

"إذا كانت نية الكفيل التبرع فإنه لا يرجع على المدين سواء كانت الكفالة بإذنه أو بغير إذنه"[1]

"ولا يهم بعد ذلك أن تكون الكفالة بأمر من المدين أو أنها عقدت دون أمر أو طلب منه إلا أنه وافق عليها ضمنا أو صراحة. والسبب في ذلك أن توثيق الدين أيا كان سببه كفالة أو حوالة أو تضامنا بين المدينين، لا يمكن أن يحصل دون رضا المدين بالكفالة، عندما تكون هذه الكفالة معقودة لمصلحة الدائن دون أن يكون للمدين مصلحة فيها، كحصول على ائتمان من الدائن، أو على مد أجل التزام قائم من قبل بينهما"[2]

وأنه لرجوع الكفيل الموفي على المدين أيضا أن يكون قد أوفى من حاله الخاص وقد أدى الدين في الأجل المحدد له وهذا ما تحدثت عليه المادة968 (يجوز أن تكون الكفاله مقيده بأداء الدين من مال المدين المودع تحت يد الكفيل وذلك بشرط موافقة المدين) وأيضا المادة979 التي تنص على:-

1- ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقة وقام الكفيل بأدائها.

2-وليس له أن يرجع بما كلفه أداؤه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل.

---

[1]- أبو مشايخ , سعاد توفيق , مرجع سابق . ص 152

[2]السرحان , عدنان ابراهيم , مرجع سابق . (2001), ص 231

للكفيل الموفي وسيلتان للرجوع على المدين بما يستحقه بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

الفرع الأول:- الدعوى الشخصية

"تنص المادة 800 من القانون المدني المصري على ما يأتي:-

1 للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

2 ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت أخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده.

3 ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع"[1]

وهناك اتجاهات لتحديد الصيغة القانونية للدعوى الشخصية.

"**الاتجاه الأول:** وهو من الفقه الفرنسي وجرى هذه الاتجاه على أساس أن الدعوى الشخصية هي دعوى الوكاله أو دعوى الفضالة فإذا عقدت الكفالة برضا المدين وبعلمه ودون معارضته فيكون للكفيل الرجوع عليه(على المدين) بدعوى الوكالة إلا إذا عقدت دون علم المدين و عارضه عليها فإنه يكون للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الفضالة"[2]

الاتجاه الثاني:- وهو الفقه المصري

" إذ إن رجوع الكفيل على المدين لا يؤسس على دعوى الوكالة ،ولكنه يؤسس على دعوى مستقلة هي دعوى الكفالة المنصوص عليها القانون, فإنه لا يمكن عدّ الكفيل وكيلا عن المدين و الإ جاز للكفيل أن يتنازل عن الكفالة في أي وقت يشاء، وليسر عليه إلا أن يخطر الدائن بذلك (م716)، وهذا لم يقل به

[1]- تناغو ,سمير عبد السيد . مرجع سابق . ص105
[2]- أبو مشايخ , سعاد توفيق . مرجع سابق . ص 157

أحد، ومن ناحية أخرى لا يمكن عدّ الكفيل فضوليا لأن من أهم شروط الفضالة توافر صفة في العمل الذي يقوم به الفضولي، ولا يعدّ قيام الكفيل بالوفاء أمرا، وكذلك فإنه الفضولي شخص يقوم بعمل غير ملزم أصلا بالقيام به، بينما الكفيل ملزم بالوفاء للدائن بمقتضى عقد الكفالة"[1]

"وإن للكفيل الموفي على أساس أنه وفى دين غيره أن يرجع على المدين وفقا للقواعد بالدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة 324، وهي في الواقع دعوى إثراء بلا سبب"[2]

"وإن هذه الدعوى الشخصية تسمح للكفيل بالرجوع على المدين بما أداه، فإن كان الكفيل أدى جزءاً من الدين، فإنه يرجع به على المدين بدون توقف على دفع الدين وقد يحصل أن يرجع الكفيل على المدين بالجزء الذي أداه في نفس الوقت الذي يرجع فيه الدائن على المدين بالباقي.فيشترك الاثنان عندئذ في أموال المدين دون أن يتقدم أحدهما على الآخر، فإن لم تكن أموال المدين كافية لسداد دينهما فتقسم قسمة غرماء.

إلا أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى تقيد هذا الحكم في حالة الكفالة الجزئية، وحتى يحق للكفيل الذي يوفي بالجزء الذي ضمنه من الدين أن يزاحم الدائن في رجوعه به. أما إذا كانت الكفالة مطلقة فلا يحق للكفيل الذي ضمن كل الدين ولم يوف إلا ؛ جزء منه فقط أن يزاحم الدائن في استيفاء الجزء الباقي,لأن الضمان والتعرض لا يجتمعان ومن يجب عليه الضمان لا يجوز له أن يطلب بالاستحقاق، سواء في الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية"[3]

---

[1]-- تناغو ,سمير عبد السيد . مرجع سابق . ص 106
[2]- منصور مصطفى منصور , مرجع سابق . (1960) , ص 96
[3]- السرحان , عدنان ابراهيم , مرجع سابق . (2001) , ص 234

الفرع الثاني:– دعوى الحلول

"للكفيل طبقا للقواعد العامة إذا قام بوفاء الدين أن يحل محل الدائن طالما كان(ملزماً بالدين مع المدين أو ملزما بالوفاء عنه)المادة 326 مدني مصري وتطبيقا لذلك المبدأ العام فنصت المادة 799 مدني مصري بأنه(إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما لهمن حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين، وهذ حلول الكفيل محل الدائن وهو حلول قانوني يتم بقوة القانون بدون حاجة إلى اتفاق خاص في هذا الصدد"[1]

"ويحل الكفيل محل الدائن في كل الحقوق قبل المدين، وينصب الحلول بالتالي على الحق بكل خصائصه وصفاته وماله من ضمانات وما يلحقه من دفوع، فيستوفي الكفيل من المدين القدر الذي أداه للدائن (أصل الدين وملحقاته إذا كان الكفيل قد دفعها للدائن) وينتقل الحق إلى الكفيل بنفس صفاته وضماناته وما يتصل به من دفوع"[2]

ويشترط لاستفادة الكفيل من هذه الدعوى أن يقوم الكفيل بوفاء الدين عن المدين فعلا سواء كان جزءا من الدين أو كاملا وبأي طريقة كانت نقدا أم كانت بمقابل،"ولكن المشرع المصري عدّ بأنه لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا بعد أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا(المادة799 مدني المصري)[3].

---

[1]- أبو السعود , رمضان , مرجع سابق . ص 173

[2]- حجازي , مصطفى عبد الجواد .**عقد الكفاله في القانون المدني** ,(2006), دار الكتب القانونيه , مصر , ص149

3 -للمدين في حاله رجوع الكفيل عليه بدعوى الحلول القانوني أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدعوى التي كان له أن يتمسك بها في مواجهه الدائن ومن ذلك الدفع بالتقادم الثلاثي المقرر في الماده 172 من القانون المدني القائم لدعوى الناشئه عن العمل غير ...) طعن رقم 353 سنه 58 ق جلسه

[3] - 1995/1/5 س 46 ص 82 مشار اليه في قضاء النقض المدني في العقود .

والحكمه من ذلك أنه إذا سمحنا للكفيل بالرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفي الدائن حقه كاملا،فإن هذا الأخير قد يتضرر من هذا الرجوع، لما قد ينشأ من الكفيل له"[1]

أما موقف القانون المدني الأردني"فلم ينص لا على القاعدة مع الحلول ولا على تطبيقها في عقد الكفالة ، إلا أن هذا لا يعني عدم قدرة الكفيل في الرجوع على المدين عن طريق حلوله محل الدائن الموفى له وأن الفقه الإسلامي ، وعلى وجه الخصوص الحنفي منه . يرى أن الكفيل في حال أمره بالضمان وقيامه بالوفاء بناء على هذا الضمان يتملك الدين بذلك الوفاء ويحل محل الدائن فيه.

ونرى هنا أن المشرع الأردني لم يشترط الأمر لرجوع الكفيل أو أنه على الأقل فسره بأن تكون الكفالة (بطلب المدين أو موافقته) حتى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين , فإن كان المقصود بطلب المدين أو بموافقته ، صدر أمر منه فهناك قاعدة عامة في القانون المدني الأردني تنص على أن (من أوفى دين غيره بأمره كان له الرجوع على الأمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترط) (م 309) , وهذه القاعدة تقرر مبدأ حلول الكفيل الموفي محل الدائن الأصلي في مطالبة المدين بما أداه."[2]

---

[1]- عبده , محمد علي . مرجع سابق . ص165

[2]- السرحان , عدنان ابراهيم . مرجع سابق . (2001) , ص 235

الفصل الثالث

الدفوع الممنوحة للكفيل بموجب القانون وموقف الفقه الاسلامي

وفر المشرع للكفيل عدة دفوع ، يستطيع بمقتضاها أن يدفع الرجوع الدائن عليه بالوفاء بالالتزام الذي لم يف به المدين ، وهذه الدفوع قد تتعلق بالدين أو بالتزام الكفيل وإما بضرورة التنفيذ على أموال المدين أولاً ، " وترمي هذه الدفوع في جملتها إما إلى براءة ذمة الكفيل ، أو إلى تحصينه عند التنفيذ على أمواله ".[1]

فما الدفوع الممنوحة للكفيل ؟ وما رأي الشريعة الإسلامية في ذلك ؟. وسوف نقوم ببيان هذه التساؤلات وتوضيحها في مباحث آتية .

المبحث الأول

الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي

" يعرف أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين المكفول ، فالأول يتبع الثاني في وجوده وصحته وانقضائه. وانطلاقاً من ذلك ، يكون للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفوع التي للمدين التي يحتج بها عليه . وعلى هذا تنص المادة 1/782 مدني مصري ,إذ قالت يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين. له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين "[2]

---

[1]-منصور , محمد حسين مرجع سابق .,ص148

[2]- خطاب , طلبه وهبه , مرجع سابق . ص 102

ويستفاد من النص المادة 1/782 من القانون المدني المصري على أنه من حق الكفيل أن يتمسك بكل الدفوع التي يستطيع المدين أن يدفع بها في مواجهة الدائن ، إذ إن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين وكل ما يؤثر بالالتزام الأصلي يؤثر بالالتزام التابع .

المطلب الأول

الدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام الأصلي

إن التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين ، وإن كانت الكفالة تجوز بغير علم المدين ورغم معارضته إلا أنه يبقى بالتزام الكفيل تابعاً بالتزام الكفيل الأصلي وفق الأصل ولا يقوم إلا بقيامه، فبذلك يحق للكفيل أن يدفع بجميع الدفوع التي يستطيع المدين أن يدفع بها بمواجهة الدائن كالدفع ببطلان الالتزام الأصلي أو قابليته للإبطال .

" للكفيل أن يدفع بعدم مشروعية التصرف القانوني مصدر التزام المدين سواء لتخلف الشكل أو لانعدام الرضا به أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب . ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد التزام المدين بل ضد التزامه هو ، فهو يتمسك بها باسمه هو لا باسم المدين ، وهو لا يتمسك بالدفع بقصد براءة ذمة المدين ولكن بقصد براءة ذمته هو . "[1]

فإذا كان التزام المدين باطلاً بطلاناً مطلقاً لعيب يشوب الإرادة أو لعيب في الشكل أو لانعدام الأهلية أو لأي سبب آخر من أسباب البطلان ، فإن القانون أعطى للكفيل الحق بالدفع بالبطلان إذ إن التزامه تابع لالتزام المدين وبما أن التزام المدين باطل فإن التزام الكفيل باطل بطلاناً مطلقاً تبعاً لذلك .

[1]منصور , محمد حسين , مرجع سابق . ص150

أما اذا كان التزام المدين قد شاب رضاه إكراه أو صدر من فضولي أو غلط أو تدليس فهنا يكون التصرف موقوفا ويصح التزام المدين بإجازته ، ومن حق الكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة .

" ويرى بعض الفقهاء ان حق الكفيل في التمسك بطلب الإبطال لا يسقط بتنازل المدين ولا يحرمه من التمسك بالدفع به ، ذلك أن الكفيل قد كفل مديناً بعقد قابل للإبطال فلا يستطيع هذا المدين أن يسيء مركز الكفيل بإجازته هذا العقد ، ويرى بعضهم الآخر من الفقهاء أن حق الكفيل في الدفع بإبطال الالتزام الأصلي يسقط بتنازل المدين عنه إلا إذا ثبت أن المدين كان في نزوله عن هذا الدفع متواطئاً مع الدائن إضراراً بالكفيل ، فحينئذ يجوز للكفيل أن يطعن في هذا النزول تمكيناً له من التمسك بالدفع الذي نزل عنه المدين . "[1]

" وتنص المادة 2/782 مدني مصري على هذا الاستثناء بقولها :(على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهلية وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج) "[2]

ويستفاد من هذا النص أنها حالة استثنائية على القاعدة الأصل التي هي أن من حق الكفيل الدفع بجميع الدفوع التي للمدين, واستثنى من هذه الدفوع حالة علم الكفيل بنقص الاهلية وقت التقاعد للمدين فليس له بهذه الحالة الدفع بالبطلان .

أما موقف الشريعة الإسلامية فإنه يتفق مع القانون إذ إنه يعدّ الكفالة على أنها تصرف تابع وأن التزام الكفيل لا ينفصل عن التزام المدين وعدّه تابعاً له وأعطاه جميع الدفوع التي يحتج بها المدين ، وأن كل ما يؤثر في العلاقة الأصلية يؤثر في العلاقة التبعية بين الدائن والكفيل ، وعُدّ الالتزام باطلاً إذا كان يشتمل على ربا أو ثمن خمر أو غيره ومن حق الكفيل الدفع بالبطلان في مواجهة الدائن .

[1]- مشار اليه في ,محمد , محمد أحمد بكر . مرجع سابق . ص 449
[2]المرجع السابق . ص 450

المطلب الثاني

الدفوع المتعلقة بانقضاء الالتزام الاصلي

إن محل التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي وإن تبعية الكفالة ترتب انقضاء التزامه إذا انقضى التزام المدين وينقضي التزام المدين أو الكفيل بالطرق العامة للانقضاء وهي:

الفرع الأول: الوفاء

يعدّ الوفاء من الطرق العامة لانقضاء الحق , فإذا قام المدين بالوفاء بالتزامه فإن ذمة الكفيل تبرأ أيضاً بالتبعية , لأنه إذا انقضى الالتزام الأصلي انقضى معه الالتزام التبعي .

" إذا وفّى المدين بكل الدين انقضى الالتزام الأصلي وانقضى بالتبعية له التزام الكفيل ، وإذا وفّى بجزء من الدين ، وكان الكفيل ضامناً لكل الدين المكفول ، برئت ذمة الكفيل بالقدر الذي تم به الوفاء . ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالقدر الذي تم به الوفاء من المدين ، أن يكون هذا الوفاء صحيحاً بأن يكون الموفى مالكاً للشيء الذي وفّى به وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه ."[1]

وأكدت المادة 987 من القانون المدني الأردني على الانقضاء بالوفاء (تنتهي الكفالة باداء الدين أو تسليم المكفول به وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين).

" ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي إذا تلاه إيداع وقبل الدائن هذا العرض وصدر حكم بصحته (المادة 339 مدني مصري) ويجوز للمدين أن يرجع عن هذا العرض ويعدّ كأن لم يكن إذا لم يقبله الدائن ولم يصدر حكم بذلك (المادة 1/340 مدني مصري) ولا تبرأ ذمة الكفيل في هذه الحالة ."[2]

---

[1]-زهران , همام محمد . **التأمينات الشخصيه والعينيه** , (2001) , منشأه المعارف بالاسكندريه , ص 233

[2]- أبو مشايخ , سعاد توفيق , مرجع سابق . ص111

وإذا كان الوفاء كلياً انقضى الالتزام الأصلي, وتبعاً لذلك التزام الكفيل أما إذا كان جزئياً انقضى التزام كل من المدين والكفيل بمقدار ما حصل الوفاء به ، وبمجرد حجز الدائن على أموال المدين ويبيعها ويكون الثمن كافياً للوفاء ينقضي الالتزام الأصلي وبذلك ينقضي التزام الكفيل .

ولقد أخذ المشرع الأردني بالوفاء وأجازه وهذا ما تؤكد عليه المادة 317 من القانون المدني الأردني التي تنص على " 1 – يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء ."

وأجاز القانون المدني المصري وفاء الكفيل بالدين وعدّه صحيحاً وذلك وفق نص المادة 323 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه :" يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء في الماده 208 ."[1]

وأما في الشريعة الإسلامية ؛ينقضي الالتزام بأداء المال إلى الدائن أو ما هو في معنى الأداء ، سواءً أكان من الكفيل أم من الأصيل وعدّه " هبة الدين في حكم أدائه, فلو وهب الدائن دينه للأصيل أو الكفيل فقد سقطت الكفالة لأن الدائن قد ملكهما إياه . ولو وهب الدائن دينه للكفيل ، فإن له أن يرجع بقيمته عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة ، أما الشافعية فإنه لا يرجع عندهم إلا إذا قام الدائن بقبض ماله من الكفيل ثم وهبه إياه. "[2]

---

[1]مشار اليه في ,أبو مشايخ , سعاد توفيق , مرجع سابق . ص111
[2]-. عبد الحميد ,محمد حمد . مرجع سابق . ص 139

الفرع الثاني :الوفاء بمقابل

إن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين أو مع الكفيل على قبول شيء آخر بدل الدين , استعاض به عن الشيء المستحق , وأن الوفاء بمقابل يبرىء ذمه المدين من الدين الأصلي , وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك بطريق التبعية .

" وتنص الماده 783 مدني مصري على أنه : (إإذا قبل الدائن أن يستوفي مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء) , فإذا قبل الدائن استيفاء حقه شيئاً آخر غير الذي تعهد به المدين يزول الالتزام الأصلي ويزول معه التزام الكفيل , ويشترط أن يستوفي الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل ."[1]

وبذلك فإن الوفاء بمقابل ينتج أثره إذا قدم المقابل المدين أو شخص من الغير أما الذي يقع من الكفيل فلا ينقضي التزامه ولا يبرأ ذمته إذا استحق هذا الشيء بل بمقدور الدائن أن يرجع عليه بضمان الاستحقاق .

وإن النص ليس من النظام العام , " لذا يجوز الاتفاق على ما يخالفه , فإذا اتفق الدائن , عند قبوله الوفاء بمقابل مع المدين على أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل إذا استحق هذا المقابل , في هذه الحالة يعدّ الوفاء بمقابل معلقاً على شرط فاسخ هو استحقاق الشيء , فإذا تحقق الشرط , زال الوفاء بمقابل بأثر رجعي ويظل الدين الأصلي قائما وكذلك الكفالة التي تضمنه . ويجوز أن يحتفظ الدائن بحق الفسخ في حالة استحقاق المقابل , فإذا استحق الشيء تم فسخ الوفاء بمقابل, وعاد الدين الأصلي وعادت الكفالة بالتبعية له . "[2]

---

[1]- أحمد ، عبد الخالق حسن . مرجع سابق . ص 248

[2]- منصور , محمد حسين . مرجع سابق . ص 154

ولقد نصت المادة 977 من القانون المدني الأردني التي جاء بها (إذا استوفى الدائن مقابل دينه شيئاً اخر برئت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحق ذلك الشيء).

" ويشترط في الوفاء بمقابل سريان أحكام البيع, وإذا كان الوفاء بمقابل عين معينة من حيث ملكية الشيء للمدين أو الكفيل , كما تطبق عليه أحكام ضمان العيوب الخفية والأحكام المتعلقة بالمتعاقدين من حيث أهلية التصرف كل منهما (الماده 351 مدني مصري) ."[1]

الفرع الثالث : التجديد والإنابة

يمكن تعريف التجديد بأنه انقضاء التزام سابق لنشوء التزام جديد قصد به أن يحل محله ويكون مختلفاً عنه في عنصر جديد ,إذا انقضى الالتزام بالتجديد ، سواء كان ذلك بتغير المدين أو الدائن أو بتغير الدين في محله أو مصدره فإن الالتزام المكفول ينقضي،معه التزام الكفيل"[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 356 مدني مصري من أنه "(يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد ولا ينتقل إلى الاتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلاإذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك."[3]

ويستفاد من هذه المادة أنه ينقضي التزام الكفيل تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي (الدين) سواء كان التجديد بتغير شخص المدين أو الشخص الدائن أو محل المدين وأما بالنسبة للتأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي فإنها لا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص القانون.

وأن المشرع الأردني لم يتناول موضوع التجديد ولم ينص عليه ولكنه نص على الحوالة التي تتضمن صور التجديد مثل تغير المدين وعلى عكس ما جاء به القانون المدني المصري.

[1]- أبو مشايخ , سعاد توفيق . مرجع سابق . ص 112
[2]- أحمد ، عبد الخالق حسن , مرجع سابق . ص 248
[3]- شرف الدين , أحمد . مرجع سابق . ص 84

وأما "الإنابة؛ قد تكون كاملة أو ناقصة. والإنابة الكاملة يتفق فيها على أن ينقضي التزام المدين وهو المنيب. ليحل محله التزام شخص آخر هو المناب. في مواجهة الدائن وهو المناب لديه. والإنابة الكاملة هي تجديد للالتزام بتغير شخص المدين."[1]

ونلاحظ هنا أن الالتزام لا ينقضي إلا إذ كانت الإنابة كاملة لأنها تتضمن تجديدا للالتزام بتغيير المدين. بحيث ينقضي التزام المدين(المنيب)بتوابعه ليحل محله المناب في مواجهة الدائن أما في الإنابة الناقصة التي لم يتفق فيها على التجديد فلا ينقضي بها التزام الكفيل بتوابعه ويصبح للدائن مدينان ؛ المدين القديم والمدين الجديد و يظل الالتزام قائماً.

الفرع الرابع:

المقاصة

عرفت المادة 343 من القانون المدني الأردني المقاصة على أنها(إيفاء دين مطلوب للدائن بدين مطلوب منه لمدينه).

والمقاصة وسيلة سلبية في تسوية الديون المتقابلة بين ذمتين , كل منها دائنة للأخـــرى ومدينـــة وذلـــك بمقدار الأقل، فإذا تمت المقاصة بين دين الدائن والمدين فإن التزام المدين ينقضي, وينقضي تبعا لـــذلك التزام الكفيل والدائن, فالتزام الكفيل والمدين ينقضيان بالمقاصة مع الاحتفاظ بحق الكفيل بالرجوع على المدين"[2]

ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها , وتقع بقدر الأقل من الـــدينين , ولكـــن إذا أدى المدين ديناً عليه وكان له طلب المقاصة فيه فلا يجوز له أن يتمسك بضمانات هذا الحق إضرارا بالغير

[1]- عبد الرحمن , فايز أحمد . **عقد الكفالة في القانون المصري والقانون الليبي** , (2010) , دار النهضه العربيه , ص 56
[2]- أبو مشايخ , سعاد توفيق . مرجع سابق . ص 113

إلا إذا كان يجهل وجوده وكان له في ذلك عذر مقبول وهذا ما أكدت عليه المادة 352 من القانون المدني الأردني .

"ويجوز النزول عن المقاصة بعد توافر شروطها، ويترتب على ذلك عودة الدينين إلى الوجود مرة أخرى بما كان لهما من تأمينات بشرط عدم الإضرار بحقوق الغير، ومن ثم فإذا كان أحد الدينين مضموما بكفالة، انقضت بانقضائه بالمقاصة، فإن الكفالة لا تعود إذا عاد الدين المكفول من جديد بسبب النزول عن المقاصة."[1]

الفرع الخامس : اتحاد الذمة

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وذلك لاستحالة المطالبة بالدين، إذ لا يمكن للشخص مطالبة نفسه، وقد يقع على الدين كاملاً كأن يكون المدين هو الوارث الوحيد للدائن أو يكون كل جزء من الدين كما لو ورث نصف التركه،وبهذه الحاله ينقضي نصف الدين ويكون للوارث الآخر مطالبه بالنصف الباقي.

ويترتب على اتحاد الذمة انقضاء الالتزام الأصلي، وبالتبعية انقضاء الالتزام الكفيل تبعا له وفق القاعدة بأن الفرع يتبع الأصل وجوداً وزوالاً، أما إذا اتحدت ذمة الكفيل فلا ينقضي الالتزام لأن الأصل لا يزول بزوال الفرع.

"وينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا الدائن والمدين وأهم أسباب اتحاد الذمه الميراث والوصية. فقد يرث الدائن المدين أو يرث المدين الدائن أو يوصي الدائن مدينه بالدين.

---

[1]- منصور , محمد حسين . مرجع سابق . ص 156

وفي هذه الحالات ينقضي التزام المدين باتحاد الذمة بأثر رجعي, عاد الدين إلى الوجود ثانية وعادت معه تأميناته، ومنها الكفالة. كأن يحكم بعدم أحقية الشخص في الميراث أو يحكم ببطلان الوصية."[1]

وهذا ما أكدت عليه المادة 990من القانون المدني الأردني أنه (إذا مات الدائن وانحصر إرثه في المدين برؤ الكفيل من الكفاله فإذا كان له وارث آخر برؤ الكفيل من حصة المدين فقط).

الفرع السادس: الإبراء

الإبراء هو تصرف قانوني، لا يشترط لحصول اتفاق الدائن والمدين ومحله هو نزول الدائن عن حقه دون عوض ويشترط أن تكون إراده الدائن أن تصدر من كامل الأهلية وخالية من العيوب، ويترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي وتوابع الدين وضماناته وبالتبعية تبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة المدين، وإذا بطل الإبراء عاد الالتزام إلى الوجود، وعادت كذلك الكفالة التي تضمنه.

"ولا يعدّ من قبيل الإبراء الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينة المفلس، ويتناول بمقتضاه عن جزء من دينه. وذلك لعدم توافر نية التبرع للمدين،وإنما قصد الدائن من وراء ذلك اتقاء خطر إفلاس المدين والحصول على جزء من دينه. ويترتب على ذلك أن الكفيل يبقي ملتزما بالوفاء بكل الدين المكفول، لأن الغرض من الكفالة هو قيام الكفيل بالوفاء، في مثل هذه الحالة التي يتعذر فيها على الدائن استيفاء كامل حقه من المدين"[2]

"ويسري على الإبراء الأحكام الموضوعية كالأهلية والدعوى البوليصية للتبرع(م1/372المدني)؛دون أن يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدون (م2/372 مدني) وينتج الإبراء أثره من تاريخ وصوله إلى علم المدين به, ويرتد برده (م

[1]- عبد الرحمن , فايز أحمد . مرجع سابق . ص 57
[2]- عبده , محمد علي . مرجع سابق . ص 192

371 مدني) . وللكفيل في هذه الحالة أن يطعن على رد المدين للإبراء بالدعوى البوليصية , باعتبار أن هذا الرد في حقه وتبرأ ذمته نهائيا من هذه الكفالة ."[1]

الفرع السابع: استحاله التنفيذ

إذا انقضى الدين المكفول بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضت الكفالة بانقضائه, وبالتبعية انقضاء التزام الكفيل, و أما إذا انقضى الدين بسبب إهمال أو تقصير من المدين فإنه يسأل عن تعويض الأضرار الناجمة عن ذلك , ويظل الكفيل ضامناً للوفاء بهذا التعويض.

"ولما كان التعويض لا يعدّ التزاما جديدا في ذمة المدين، بل طريقة مختلفة لتنفيذ ذات الالتزام الثابت في ذمته من قبل بعدّ التعويض الذي يلزم به المدين يحل محل عين ما التزم به لاستحاله التنفيذ، فإن الالتزام الأصلي، الذي استحال تنفيذه عينياً بخطأ المدين، يظل قائماً ويظل التزام الكفيل قائماً لضمانه.

أما إذا هلك الشيء محل الالتزام الأصلي بفعل الكفيل ، برئت ذمة المدين من الالتزام عن طريق الانقضاء، على اعتبار أن فعل الكفيل يعدّ سببا أجنبياً لاستحالة تنفيذ الالتزام, وعليه تبرأ ذمة الكفيل بهذا الوصف تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي؛غير أنه يكون مسئولا قبل الدائن، عما لحقه به من ضرر من جراء خطئه،كمدين أصلي."[2]

---

[1]- زهران , همام محمد . مرجع سابق . ص 246

[2]- زهران , همام محمد , مرجع سابق . ص 247

الفرع الثامن:التقادم

"إذا انقضى الالتزام المكفول بالتقادم انقضى تبعا له التزام الكفيل حتى ولو كانت مده التقادم اللازمة لسقوط التزام الكفيل لم تكتمل بعد"[1].

"والغالب أن يتقادم التزام المكفول والتزام الكفيل في وقت واحد فتبرأ ذمة المدين الأصلي وتبرأ ذمة الكفيل تبعا له. وقد يحدث أن ينقضي الدين بالتقادم ولا ينقضي التزام الكفيل كما إذا ضمن الكفيل الدين بعد نشوئه. عندئذ يتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل فتبرأ ذمة الكفيل تبعا لانقضاء الدين المكفول دون أن يتقادم التزام الكفيل".[2]

"وتبرأ ذمة الكفيل بمجرد تقادم الدين الأصلي، ويجوز للكفيل أن يتمسك بالتقادم حتى ولو لم يتمسك به المدين الأصلي بالتقادم، حتى ولو تنازل عنه المدين، لأن هذا التنازل لا ينبغي أن يضر بالكفيل، هذا بالإضافة إلى أن للكفيل مصلحة مؤكدة في التمسك بالتقادم، ويؤكد ذلك نص المشرع على أنه(لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها.بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين.[3]

---

[1]- المرجع السابق . ص 247
[2]- شرف الدين , أحمد . مرجع سابق . ص 88
[3]- منصور , محمد حسين . مرجع سابق . ص 161

المبحث الثاني

الدفوع المتعلقه بالتزامات الدائن

إن التزام الكفيل هو التزام ثانوي بعدّه مدينا ثانويا، والتزامه هو التزام تابعً،وبما أن موضوع التزامه هو ضمان الوفاء بالدين، فإن مصلحته تقتضي أن لا يصدر من الدائن تقصير يحد حقه، ومن حق الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بالدين نتيجة إهماله وتقصيره.

الفرع الأول: دفع براءه ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من ضمانات بخطأ منه.

تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من الضمانات، وهذه الضمانات هي كل تأمين وضع لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وأنه من حق الكفيل التمسك بالدفع ببراءة ذمته بسب خطأ الدائن وإضاعته لتأمينات الدين، إذ إنه بهذا الخطأ جعل حلول الكفيل محله في هذه التأمينات مستحيلا، حيث إنه اعتمد في كفالته على هذه التأمينات وفي حال ثبوت خطأ الدائن في إضاعة التأمينات وثبوت الضرر الذي أصابه نتيجة الخطأ تبرأ ذمته.

وحيث جاء في الماده 784 مدني مصري على أنه"1- تبرأ ذمه الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.2- يقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون"[1]

والحكمة من هذا الدفع أنه" إذا كان الدين المكفول مضموناً بتأمينات خاصة ,وجب على الدائن أن يحافظ على هذه التأمينات حتى يستطيع أن يحل فيها الكفيل إذا ما وفى الدين المكفول، وعليه أن يبذل في

[1]شرف الدين , أحمد , مرجع سابق . ص 55

المحافظة عليها ما يبذله الرجل المعتاد من عناية وإلا كان مسئولا عما أضاعه من هذه التأمينات بتقصيره."[1]

وحتى يتمسك بهذا الدفع لابد من توافر شروط لصحته؛ لذلك فإنه لابد من أن يكون هناك إضاعة التأمينات, والمقصود بها كل التأمينات الشخصية والعينية مهما كان مصدرها ,سواء أكانت بالاتفاق أم بالقضاء أو القانون، وقد يكون ضماناً خاصاً أو ميزة خاصة , وتنازل الدائن عنها كتنازل المؤجر عن حقه المتفق عليه بالعقد بأخذ الأجرة مقدماً منها, يكون من حق الكفيل التمسك ببراءة ذمته نتيجة إضاعة المؤجر للضمانة الخاصه.

وإن خطأ الدائن جعل حلول الكفيل محل الدائن غير ممكن ومستحيلا , ولا فرق فيها إذا كان الخطأ مقصوداً أو غير مقصود وعلى الكفيل إثبات الضرر الذي لحقه من جراء خطأ الدائن وإهماله لكي يستطيع التمسك بهذا الدفع, ولكن قد يكون التأمين الذي أضاعه الدائن عديم القيمة, ولا يترتب على ضياعه إصابة الكفيل بضرر, وبالتالي لا يجوز له التمسك ببراءة ذمته, مثل تنازل الدائن عن رهن ظاهر البطلان.

"أما إذا كان سبب ضياع الضمانات تقصيراً من الكفيل , فالدائن لا يكون مسؤولا، كذلك , إذا كان الخطأ مشتركاً بين الدائن والكفيل، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ بل يبقى ملزماً بكل الدين"[2].

والدفع ببراءة ذمة الكفيل في حالة إضاعة الدائن للتأمينات بخطئه ليس من النظام العام , ولا تبرأ ذمته بقوة القانون, وإنما عليه التمسك ببراءه ذمته، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولكن

---

[1] محمد , محمد أحمد بكر, مرجع سابق .. ص 461 -

[2] - عبده , محمد علي . مرجع سابق . ص 206

يجوز له أن يبدي دفعه في ايه حاله كانت عليه الدعوى، وبما ان الدفع ببراءه ذمته ويتعلق بمصلحه خاصه فيه لذا يجب عليه التمسك به براءه ذمته.

الفرع الثاني: الدفع ببراءه ذمه الكفيل بسبب تأخير الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين.

"تنص الماده 785مدني مصري على انه:

1-لا تبرأ ذمه الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

2-على أن ذمه الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً."[1]

ويتبين لنا من هذا النص انه لا تبرأ ذمه الكفيل بمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءت أو بمجرد عدم اتخاذها , ولكي تبرأ ذمة الكفيل عليه انذار الدائن , فأذا لم يقم الدائن باتخاذ اية اجراءات ضد المدين خلال مدة سته اشهر , فأن ذمته الكفيل تبرأ , ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً .

"واذا كان القانون لم يحدد الوقت الذي يجوز فيه للكفيل ان يقوم بانذار الدائن وكانت الحكمه من الانذار هي حث الدائن على اتخاذ الاجراءات ضد المدين ووضعه موضع تقصير إذا لم يقم بهذه الاجراءات،فيكون الوقت الذي يجب ان يتم الانذار فيه هو الوقت الذي يستطيع الدائن من اتخاذ الاجراءات، وهذا الوقت وقت استحقاق الدين المكفول اي وقت حلول اجل الدين الاصلي ولو كان الدائن منح المدين اجل جديداً، اذ أن الكفيل لا يرتبط بهذا الاجل الجديد الا إذا كان قد ارتضاه.

[1]- محمد , محمد أحمد بكر . مرجع سابق . ص 472

وعلى العكس إذا منح القاضي محله بالمدين فلا يجوز، أن ينذر الكفيل الدائن إلا بعد انقضاء هذه المحله إذ لا يستطيع الدائن أن يتخذ الإجراءات قبل انقضائها."[1]

وإذا أنذر الكفيل الدائن بوجوب اتخاذ الإجراءات ضد المدين ووصل الإنذار إلى علم الدائن أو محله, وكان صحيحاً وحاصلاً في الوقت الذي يصح فيه إجراؤه وجب على الدائن اتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال سته أشهر, وذلك برفع دعوى مطالبة بالدين، وتعدّ هذه الستة أشهر مدة سقوط ليست مدة تقادم، ومن ثم لا يرد عليها وقف أو انقطاع و تسري في حق الكافة بمن فيهم الغائب وناقص الأهلية متى استوفى الإنذار أو القانونية"[2]

وإن الدفع ببراءه ذمه الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل له لا يتعلق بالنظام العام، وبراءة ذمة الكفيل لا تحصل بقوة القانون، بل يجب التمسك به وأن يطالب به عما هو الحال في إضاعة التأمينات، ولا يحق للمحكمه أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا, سواء عند انعقاد الكفالة أو بعد انعقادها.

إذاً فهل أخذ المشرع بهذا الدفع والمدة ؟

ونرى هنا أن المشرع الأردني نهج منهج المشرع المصري وأكد على ذلك في المادة 981من القانون المدني الأردني التي تنص على(إذا استحق الدين، ولم يطالب الدائن المدين به يجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً من الكفالة).

---

[1]- شرف الدين , أحمد . مرجع سابق . ص 62

[2]محمد , محمد أحمد بكر . مرجع سابق . ص 474

الفرع الثالث: عدم تقدم الدائن بالدين في تفليسة المدين

تنص المادة 978 من القانون المدني الأردني(على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بدينه وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر.)

والمادة 786 مدني مصري" إذا أفلس المدين، وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن"[1]

" وهذا النص لم يكن له مقابل في القانون المدني المصري القديم، وكان من الجائز للكفيل في هذا القانون أن يدخل بنفسه تفليسة المدين، فكان يستطيع بذلك حماية حقه أو بعض حقه أما القانون المدني الجديد فهو لا يعطي للكفيل أن يدخل في تفليسة المدين إلا إذا كان قد وفى بالدين فقط للدائن، ولم يدخل هو في التفليسة لعدم حقه في ذلك، ولم يدخل الدائن كذلك في هذه التفليسة، ولذلك فرض القانون على الدائن أن يدخل في تفليسة المدين لأن هذه هي الوسيلة الوحيدة للحصول من المدين على ما يمكن الحصول عليه"[2]

وللكفيل الدفع ببراءه ذمته إذا لم يتقدم الدائن بالتفليسة , ولم يقم باتخاذ الإجراءات مطالبة المدين، بعدّ هذا التقدم وسيلة محافظة على حقه وإعفاء للكفيل من جزء من الدين يساوى ما يحصل عليه الدائن من التفليسة.[3]

[1]- منصور , محمد حسين . مرجع سابق . ص 186

[2]تناغو , سمير عبد السيد . مرجع سابق . ص94

3- قرار محكمة النقض المصرية (مدني) رقم 1962/3584 (طلبات) تاريخ 2000/1/25
افلاس المدين قبل حلول اجل الدين المكفول . وجوب تقدم الدائن . بحقه في تفليسة المدين والا برأت ذمة الكفيل بقدر ما كان يستطيع الحصول عليه من اموال التفليسة . المادتان 1/784 ، 786 من القانون المدني .

[3]-

"والحكم الوارد بالنص استثناء من القاعدة العامة الواردة بالمادة 785 التي تقضي بعدم مسوؤلية الدائن عن التأخير في الإجراءات أو عن عدم القيام بها ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني القديم ولا في القانون الفرنسي."[1]

وحتى يستطيع الكفيل بالدفع ببراءة ذمته لا بد من شروط يجب توافرها للتمسك بهذا الدفع فأولاً يجب أن يكون المدين قد أفلس , وأن الدائن لم يتقدم للمطالبة بحقه عند الإفلاس أو الإعسار ويجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من الضرر.

إذ إن على الدائن تحمل نتيجة تقصيره، وأن الكفيل تبرأ ذمته بقدر ما كان يحصل عليه الدائن لو تقدم في تفليسة المدين وهو مقدار الضرر.

"وإذا تمسك الكفيل بهذا الدفع وتوافرت شروط التمسك به فإن الأثر الذي يترتب على ذلك هو براءه ذمة الكفيل بلا حاجة إلى إنذار الدائن ، وتكون براءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر، فإذا كان من شأن تدخل الدائن في تفليسة المدين أن يستوفي نصف دينه بالقدر الذي كان الدائن يحصل عليه من دينه لو تقدم في تفليسه المدين، وبناء على ذلك فإن الدائن لا يرجع على الكفيل إلا بالقدر الذي ما كان يحصل عليه لو أنه تقدم في تلك المطالبة، ولا يتحقق هذا السقوط بقوة القانون ولكن يتعين أن يتمسك به الكفيل في صورة دعوى أو دفع."[2]

---

[1]- شرف الدين , أحمد . مرجع سابق . ص 63

[2]- محمد , محمد أحمد بكر . مرجع سابق . ص 478

المبحث الثالث

دفوع الكفيل في الفقه الإسلامي

ينظر الفقه الإسلامي إلى الكفالة على أنها تصرف تابع , الغرض منه ضمان الوفاء بدين على المكفول عنه , وأن التزام الكفيل التزام تابع , فإنه يحق له أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها بمواجهة الدائن .

وهذه الدفوع مستمدة من العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين , وعلى الرغم من تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في الوجود والعدم , إلا أن الفقه الإسلامي قد أعطى الكفيل الحق بالتمسك بدفوع ليست تابعة للالتزام المكفول , وهي التي تنعدم فيها أركان الكفالة أو شروطها .

الفرع الأول: – الأداء

أداء المال إلى الطالب وهو الدائن أو ما هو في معنى الأداء , سواء أكان الأداء من الكفيل أم من المدين , فإنها تبرأ ذمة المدين والكفيل معا نتيجه لهذا الأداء , وقد يكون الأداء حقيقيا بتنفيذ الالتزام الذي على عاتق المدين أو الكفيل , أو يكون بما في معنى الأداء كالهبة والمخالصة واتحاد الذمة.

الفرع الثاني : – هبه الديّن للكفيل أو للأصيل

يبرأ الأصيل والكفيل من الدّين , إذا وهب الدائن الدين من الأصيل , إذ جاء في البدائع "وكذا إذا وهب الطالب المال ..... من الأصيل لأن الهبة بمنزلة الأداء ... وكذا إذا تصرف به ...على الأصيل وأن الصدقه تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء ."[1]

---

[1] أحمد, عبد الخالق حسن . مرجع سابق , ص 150

"فبالهبه يملك الأصيل ما في ذمته وبراءة الأــصيل توجب براءة الكفيل , أما إذا وهب الدائن الديّن من الكفيل فيعدّ بريئاً من المطالبة بالدين , كما أنه يعدّ مالكاً لما في ذمّة الأصيل من دين , ويحق له الرجوع على الأصيل بعد البراءة . وأضاف الحنفية ما لو تصدق الدائن على الكفيل أو الأصيل فهو في حكم الهبة لأن الصدقة والهبة كليهما تمليك , ولذلك وكون الهبة تصرفا يفيد التمليك فقد احتاجت إلى قبول الموجب له ."[1]

" وقد ورد عند الحنفية في البدائع (أما الكفيل بالمال يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال إلى الطالب .... سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل لأن حق المطالبة للتوصل إلى الأداء فإذا وجد حصل المقصود .

وورد في المنتقي عند المالكية : (فإن دفعه الغريم برئ وبرئ الحميل وإن دفعه الحميل برئ من مطالبة صاحب الحق وكان له مطالبة الغريم)." [2]

فالفقه الإسلامي يتفق مع القانون في أن الأداء يبرئ الذمة , سواء أكان من المدين أو الكفيل , ولكن لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين المكفول عنه قبل أداء الدين المكفول , وأن لا يكون متبرعاً بما أداه.

الفرع الثالث : – الإبراء

إذا أبرأ الدائن الكفيل أو الأصيل ينقضي التزامهما , غير أنه إذا أبرئ الكفيل وحده فهنا لا يبرأ الأصيل من التزامه , أما إذا أبرئ الاصيل فإنه ينقضي التزام الكفيل تبعاً لهذا الإبراء لأن التزامه التزام تابع ولأن الدين على الأصيل لا على الكفيل , والإبراء هو إسقاط للدين الذي على الأصيل , وبالتبعية يسقط حق مطالبة الدائن للكفيل بالضرورة , لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع .

---

[1] مصطفى , محمود أحمد. مرجع سابق , ص 105
[2] مشار اليه في ,السيد , محمد علي . مرجع سابق , ص 74

وهناك أنواع للإبراء فإما أن يكون الإبراء إسقاطاً وهو أن يبرئ أحد آخر من تمام حقه الذي له في ذمته , ولا يتوقف هذا النوع على قبول الإبراء ومن حق المدين الرجوع بما أداه إذا أبرئ براءه إسقاط , وأما النوع الثاني فهو إبراء الاستيفاء وهو نوع من الإقرار إذ إنه اعتراف أحد يقبض واستيفاء حقه ويكون غالبا بعد القبض وبذلك لا يحق للمبرأ الرجوع على المبرئ بعده .

"وقد ورد عن الحنفية (... براءه الكفيل لا توجب براءة الأصيل .. لأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدون حائز) فلا يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصيل فلا يبرأ الأصيل بإبرائه .

وورد عند المالكية : (قوله لا عكسه أي إذا برؤ الضامن لا يبرأ الأصيل) . "[1]

وبناء على ماسبق فإنه إذا أبرأ الكفيل انقضى التزامه وبرئت ذمته في مواجهة المكفول له , وببراءة الكفيل لا يترتب عليه براءة ذمة المكفول عنه (المدين) , بل تبقى ذمته مشغولة بالدين ولا ينقضي التزامه .

الفرع الرابع : – الصلح

" الصلح لغةً : – اسم للمصالحة وهو ضد الفساد والنزع .

وشرعاً :– عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة ."[2]

" وعقد الصلح عقد مشروع يصح من كل شخص يصح تبرعه , وهو هنا طريق لانقضاء التزام الكفيل وحده ابتداء , دون الأصيل , إذ يبقى التزامه على حاله دون مساس به , لأن الكفالة لا تعدو – كما ذكرنا – أن تكون وثيقة قد انحلت دون وفاء بالدين كالرهن يرده المرتهن إلى الراهن قبل الوفاء فلا

---

[1] مشار اليه في ,المرجع السابق , ص 76
[2] مصطفى , محمود أحمد . مرجع سابق , ص 67

يؤثر في ذلك في بقاء الدين , إلا إذا صالح الكفيل رب الدين عن الدين كله ورضي به , فإنه يبرئ كلاً من الكفيل والأصيل . "[1]

وبذلك إذا تصالح الدائن مع المدين وتضمن ذلك الصلح نزولاً عن جزء من الدين فإنه من حق الكفيل التمسك بالصلح وإبداء هذا الدفع ويكون مسؤولاً فقط عن الجزء المتبقي من الدين لا عن الجزء المتصالح عليه حيث إن التزامه التزام تابع ويكون له ما يكون للدين وبذلك مسؤوليته تكون مثل مسؤولية المدين.

" وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الصلح بين المكفول له والمكفول عنه ويترتب عليه أثره ببراءة الأصيل والكفيل معاً .

بينما ذهب الظاهرية والشيعة الإمامية , إلى أن الصلح بين المكفول له والمكفول عنه في الدين المكفول غير جائز , ولا يبرأ به الكفيل وذلك لأن الدين وقد انتقل بالكفالة من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل ولأن الصلح يقتضي سبق الخصومة ولا خصومة بين الطالب والأصيل حيث انتقل حقه بالكفالة فلم يجز الصلح بينهما ولا يبرأ به الكفيل ." [2]

وأما الرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء إذ إن الصلح هو بالأصل عقد مشروع والقصد والغاية منه إنهاء الخصومات وتيسير المعاملات وقضاء الحوائج , وأن مشروعيته مستمدة من الكتاب والسنة وإجماع جمهور الفقهاء فمن الكتاب قوله تعالى (والصلُّحُ خَيرٌ) [3]

الفرع الخامس :- حوالة الدين

---

[1] برج , أحمد محمد . مرجع سابق , ص 142

[2] مشار اليه في ,لاصالح , أحمد مقبل . **الكفاله دراسه مقارنه بين الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري** ,جامعه عين شمس , ص 247

[3] سوره النساء , ايه 128

" تعني الحوالة شرعاً أنها عقد ينقل المال المحال به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه , وقد اختلف الفقهاء في حوالة المكفول عنه للمكفول له بدينه المكفول على شخص ثالث .

فذهب كل من المالكية , والشافعية , والحنابلة , والزيدية , والشيعة الإمامية في القول عندهم إلى صحتها , ويبرأ بها المكفول عنه والكفيل معاً .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأن المكفول عنه لا يزال مطالباً بالحق بعد الكفالة , وإحالة المكفول له بالحق المكفول يعدّ أداء للحق , ومبرئاً له , فإذا برؤ الأصيل برؤ الكفيل .

ويذهب الظاهرية , والشيعة الإمامية في قول عندهم – إلى أن حوالة المكفول عنه للمكفول له بالدين المكفول على شخص ثالث غير صحيحة , ولا يبرأ بها الكفيل لأن مقتضى الكفاله لديهم يعني براءة ذمة الأصيل من الحق المكفول .

والحوالة لا تصح إلا ممن عليه الحق المحال به , وعليه فحوالة المكفول عنه للمكفول له بالحق المكفول غير صحيحة , لأنه قد برؤ منه بالكفاله , ويبقى الحق على الكفيل .[1]

" وحيث إن الكفاله تنتهي إذا أحال الكفيل أو المدين الدائن على رجل وقبل المحال , فتنقضي الكفالة ؛لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبه جميعاً , وخالف بذلك زفر من الحنفية . "[2]

فالحواله تختلف عن الكفالة إذ إن الحواةه هي نقل الدين من ذمة مشغولة به إلى أخرى , أما الكفالة فهي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة , وأن الكفاله مشرعة ومشروعيتها مستمدة من الكتاب والسنة, وقد

---

[1] مشار اليه في ,صالح , أحمد مقبل . مرجع سابق , ص 247-248

[2] العواوده , محمد حسين . مرجع سابق , ص 137

أجمع على مشروعيتها جمهور الفقهاء , ومن الكتاب قوله تعالى:(ياَ أيُّهاَ الذَّينَ آمَنوُا أوفُوا باِلعقُودِ) [1] , وبالكفالة تبرأ ذمة الكفيل بالحوالة لأنها انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمه المحال عليه , وحتى تنقضي الكفالة لا بد من قبول الدائن تحويل دينه من ذمة إلى ذمة أخرى لبراءه ذمة الكفيل .

الفرع السادس : – التسليم

إن الكفالة بالنفس تنقضي بالتسليم ,وهي من الأحكام الخاصة التي تتميز بها عن الكفاله بالمال , والتسليم هو " التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي , فإذا قام الكفيل بتسليم نفس المكفول به إلى المكفول له برئت ذمته .

فقد جاء عند الحنفية :– (أما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثه أشياء أحدهما تسليم النفس إلى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي لأن التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد فإذا حصل المقصود ينتهي حكمه فيخرج عن الكفالة .

وجاء عند المالكية : – (يعنى أن ضامن الوجه يبرأ بتسليم المضمون لصاحب الحق في مكان يقر على خلاصة منه ."[2]

وقد اتفق الفقهاء على أن الكفالة بالنفس تنقضي بتسليم الكفيل المكفول إلى الدائن في مكان يُقدر فيه على إحضار المكفول مجلس القاضي ولا حائل يمنع من استيفاء الحق وقبِلَ الدائن ذلك ,

وإن التزام الكفيل هو إحضار المكفول متى طلبه المكفول له , ولكي يبرأ الكفيل من التزامه لا بد من تسليم المكفول تسليماً تاماً دون أن يكون هنالك اي مانع وفي المكان المحدد .

" ويكون التسليم صحيحا ومبرئاً للكفيل إذا تم من قبل الجهات التالية :–

---

[1] سوره المائدة , ايه 1

[2] مشار اليه في . السيد , علي محمد . مرجع سابق , ص 79

1 – تسليم الكفيل المكفول به , أي يكون التسليم من جهة الكفيل .

2 – تسليم المَكفولِ به نفسَهُ إلى الطالب يبرئ الكفيل باتفاق المذاهب الأربعة , ويشترط الحنفية والمالكية والشافعية لصحة هذا التسليم أن يكون بأمرٍ وإذن من الكفيل , وزاد الشافعية والحنفية أن يصرّح بسبب التسليم بأن يُصرّح بسبب التسليم أي أنّه من جهة كفالة فلان ." [1]

وفي حالة عجز الكفيل عن إحضار المكفول به وتسليمه في المكان والوقت المحدد , وعدم قدرته على التسليم , فإن الكفيل يكون معرضاً للحبس , ولكن قد يتم إعذاره قبل حبسه نتيجة عجزه لإحضار المكفول به , وأما أن يحكم عليه بالغرامة المالية إذ إن الكفيل غارمٌ بما على المطلوب إذ امتنع عن إحضار المكفول به وتسليمه , وقد يحكم عليه بالحبس والغرامة معاً .

[1] مشار اليه في ,مصطفى , محمود أحمد . مرجع سابق , ص 92

الفصل الرابع

التنظيم القانوني للدفع بالتجريد

الدفع بالتجريد وضع لحماية الكفيل , وبما أن الكفيل هو متبرع لضمان الدين فمن باب أولى حمايته , وكذلك لما في التجريد من توفير الوقت والجهد , فالتنفيذ أولاً يكون على أموال المدين ثم أموال الكفيل. والدفع بالتجريد يعدّ من أهم مظاهر تبعيه التزام الكفيل , إذ إن الغاية من التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يف به المدين نفسه , فليس من العدل أن يرى الكفيل أمواله تنتزع من بين يده بينما أموال المدين قائمة لا تمس , وأنه هو الأولى بالرعاية إذ إنه يوفي دينا ليس بدينه بل دين غيره , وإن هذا الحق منحته بعض القوانين ونصت عليه صراحة مثل المادة 788 من القانون المدني المصري التي تنص " لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله , ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق . "

" والواقع أنه بجانب اعتبارات العدل التي يقوم عليها الدفع , وهنالك اعتبارات أخرى من الملاءمة , تبرره أيضاً , ذلك أن الدائن إذا نفذ على أموال الكفيل , فإن لهذا الأخير أن يرجع بعد ذلك على المدين بما دفعه عنه وله في سبيل هذا الرجوع أن ينفذ على أموال المدين وينزع ملكيتها .

فيكون من الأفضل اختصارا للاجراءات والنفقات أن يقوم الدائن بالتنفيذ مرة أخرى على المدين . والدائن لن يضار من ذلك إذ كل ما يهدف إليه هو الحصول على حقه . سواء جاءه ذلك عن طريق التنفيذ على المدين أو التنفيذ على الكفيل . " [1]

---

[1] تناغو , سمير عبد السيد . مرجع سابق , ص 65

إذاً هل للتجريد شروط ؟ وهل هنالك تاريخ لتقديم الدفع بالتجريد ؟ وما آثاره وصوره وهل يسقط الحق بالدفع بالتجريد ؟ وهل أخذ المشرع الأردني به وأوجد النصوص لتنظيمه ؟ وما موقف الفقه الإسلامي من التجريد ؟

هذا ما سوف أقوم بتفصيله في هذا الفصل .

المبحث الأول

شروط الدفع بالتجريد

إن نصوص القانون المدني المصري أعطت الحق للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب التنفيذ على أموال المدين ابتداء لاستيفاء حقه منه , قبل التنفيذ على أموال الكفيل , فإذا استوفى الدائن حقه من أموال المدين , فينقضي التزام الكفيل وتبرأ ذمته من الدين أما إذا لم يستوف أو قد استوفى جزءا من هذا الحق كان له حق الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله , إذ إن الكفيل التزامه تابعاً وإن ما قام به هو خدمة لهذا الغير بكفالته وتقوية ائتمانه , فالكفيل هو الأجدر بالرعاية ومن العدل , إذ إنه يوفي ديناً ليس بدينه بل دين غيره .[1]

" ومعنى هذا الدفع في صورة عملية أن الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالي أن تتجه أولاً إلى أموال المدين فتجرده منها وستجد لديه من الأموال ما يكقي للوفاء بدينك , ومن العدل ألا يرى الكفيل أمواله تنتزع منه , بينما أموال المدين قائمة لم تمس .

---

1 -للكفيل غير المتضامن أن يتمسك في أي وقت يكون مناسبا بالدفع بتجريد المدين . وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال جائز الحجز عليه لإيستيفاء دينه منه , وإن تقديمه لهذا البيان على دفعه واحده وعند البدء في التنفيذ فإن له كذلك ان يبين ما يكون قد ال للمدين من مال بسبب جديد , واذن فإذا كان للكفيل عند اعلانه من الدائن بتنبيه نزع الملكيه قد بادر الى المعارضه في التنبيه وأعلن صحيفه المعارضة للدائن في الميعاد القانوني ...(الطعن رقم 78 سنه 6 ق جلسه 21/ 1 / 1937 مشار اليه في [1]قضاء النقض المدني في العقود.

ويتحقق ذلك إذا كان المدين موسراً , ويستطيع الدائن في يسر أن يقتضي منه حقه , فلماذا يقهر الكفيل على الوفاء بحق الدائن ليعود هذا الكفيل , من بعد , إلى اقتضاء ما وفاه من المدين ؟ ألا يكون طبيعياً وأكثر اتفاقاً مع العدالة , بل وادعى إلى اقتصاد الوقت وتوفير النفقات ."[1]

" فالمادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني تعطي للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن في بداية المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يداعي أولاً المديون الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة , وأن يحين له ما يصح فيه التنفيذ من هذه الأموال .... وفي هذه الحالة تقف مداعاه الكفيل إلى أن يتم التقاضي في أموال هذا المدين الأصلي . " [2]

وهنالك شروط لا بد من توافرها لإمكان الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً **وفق التالي :-**

الفرع الأول : - تمسك الكفيل بحقه بالدفع بالتجريد وأن لا يكون تنازلاً مقدماً عنه.

إن الدفع بالتجريد تقرر لمصلحة الكفيل وله أن ينزل عن هذا الحق صراحة أو ضمناً , إذ إنه خاص به فله النزول عنه , وعندئذ لا يجوز له الدفع بهذا الدفع بمواجهة الدائن , فالدفع بالتجريد هو من الدفوع الشكلية وليست من النظام العام التي لا تستطيع المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها .

وحيث أن للكفيل النزول عن الدفع بالتجريد , وبذلك لا يحق له معاودة استعماله بعد نزوله عنه , وهذا ما قضت به " الماده 2021 مدني فرنسي إذ تقول (لا يلتزم الكفيل أن يفي الدائن إلا إذا لم يفعل المدين ذلك .فيجب أولاً تجريد المدين , إلا إذا نزل الكفيل عن حق التجريد , أو كان متضامناً مع المدين إذ يجب في هذه الحالة أن يسري على االتزام الكفيل القواعد المقرره في التضامن)." [3]

---

[1] منصور , محمد حسين . مرجع سابق , ص 164

[2] معطي , محمد محمود , مرجع سابق , ص 108

[3] الشهاوى , قدري عبد الفتاح . مرجع سابق , ص 130

" وإذا كان يغلب في العمل أن يأتي النزول صريحاً في صوره شرط (تنازل عن حق التجريد) فإنه يصح الاستدلال على النزول الضمني من ظروف الحال كما إذا استدل عليه من عبارة (أتعهد بدفع الدين فوراً إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله) .

كما يستفاد من طلب الكفيل أجلاً للوفاء بالدين أو من تمسكه بالمقاصة يبيّن ما عليه تجاه الدائن بموجب الكفالة وما له تجاهه من حق . كما يستفاد من السكوت عن تمسك به لدى شروع الدائن في التنفيذ عليه , رغم توافر شروط التمسك به . " [1]

فالدفع بالتجريد هو بالأصل تقرر لمصلحة الكفيل , فبذلك لا بد أن يتمسك به حيث أن المحكمة لا تستطيع ان تقضي به من تلقاء نفسها لعدم اتصاله بالنظام العام هذا ما أكدت عليه المادة 2/788 من القانون المدني المصري على أنه "(ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله , ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق) ."[2]

واختلفت الآراء عن الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع فقد ذهب بعضهم إلى أن الدفع بالتجريد يتعلق بالمطالبة لا بالتنفيذ أي أنه له الحق بالتمسك بالدفع في أيه حالة كانت عليها الدعوى ولكن يجب أن يتمسك به قبل صدور الحكم النهائي , وإذا لم يفعل لا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله .

وقد ذهب بعضهم الآخر إلى أن الوقت الطبيعي للتمسك به هو مرحلة التنفيذ على أمواله , وله التمسك بالدفع في أي مرحلة من مراحل التنفيذ , ولكن على أن لا يتأخر إلى الحد الذي يفهم منه تنازله عن التمسك بالدفع .

---

[1] زهران , همام محمد . مرجع سابق , ص 147
[2] مشار اليه في , السرحان , عدنان ابراهيم , (2001) , مرجع سابق , ص 213

" علماً بأن مجرد الدفع بالتجريد من جانب الكفيل لا يرتب إلغاء الإجراءات التنفيذية التي باشرها الدائن ؛ بل يرفع الأمر للقضاء للبحث فيما إذا كانت شروط التمسك بالدفع بالتجريد متوافرة من عدمه . فإذا قدر القاضي عدم توافرها , قضى برفض الدفع واستمر الدائن فيما بدأه من إجراءات , وإذا قدر توافر شروط التمسك به , قضى بقبول الدفع بما يترتب عليه من إبطال ما تم من إجراءات تنفيذية على أموال الكفيل , لمباشرتها قبل الأوان ."[1]

ونؤيد الرأي الذي يعد من حق الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد في مرحلة التقاضي ومرحلة التنفيذ , في مرحلة التقاضي من حق الكفيل دفع خاص وهو الدفع بعدم القبول , ومن حقه التمسك به بأية مرحلة من مراحل الدعوى , أما في مرحلة التنفيذ فله الدفع بالتجريد , حيث باستطاعته التمسك به في مواجهة الدائن عند الشروع بالتنفيذ على أمواله , ولا يسقط حقه بالدفع لعدم التمسك به في مرحلة التقاضي . ونرى هنا أن القانون المدني المصري يخص مرحلة التنفيذ لا مرحلة المطالبة على العكس من القانون الفرنسي الذي نص بالمادة "2022 مدني فرنسي (لا يلزم الدائن بتجريد المدين , إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده)"[2].وبذلك يعدّ متنازلاً عن حقه إذا لم يتمسك به عند الإجراءات إذ إن نظام مطالبة الدائن للكفيل بالدين هي مرحلة واحدة .

---

[1] زهران , همام محمد . مرجع سابق , ص 149

[2]مشار اليه في ,ا لمرجع السابق , ص 150

الفرع الثاني : – أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين .

تنص الماده 793 من القانون المدني المصري على أنه "(لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد)." [1]

والمستفاد من هذه المادة أنه لا يحق للكفيل المتضامن مع المدين التمسك بالدفع بالتجريد بمواجهة الدائن , سواء أكان التضامن بالاتفاق كان أم بنص القانون , والذي له الحق بالتمسك بالدفع هو الكفيل غير متضامن .

" مما لا شك فيه أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة القضائية والكفالة القانونية لأن الكفيل فيهما يعدّ متضامناً بنص القانون , وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد .

أما بالنسبه للتضامن الاتفاقي , فإن بعضهم يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأن ذلك يتعارض مع طبيعه التضامن , واحتفاظ الكفيل بهذا الدفع لا يجعله متضامناً في الواقع . إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى أنه ليس هنالك ما يمنح مثل هذا الاتفاق إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة , وحرية الكفيل في التخفيف من التزامه . " [2]

" والتضامن الذي يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد هو تضامن الكفيل مع المدين , فإذا كان الكفيل متضامناً مع غيره من الكفلاء فلا يمتنع عليه الدفع بالتجريد ما دام غير متضامن مع المدين .)"[3]

فالكفيل المتضامن مع المدين يكون ملتزماً بكامل الدين , وللدائن الرجوع عليه قبل رجوعه على المدين دون أن يكون من حقه الدفع بتجريد أموال المدين ابتداءً بمواجهه الدائن , وعليه الوفاء للدائن بكامل

---

[1] نايل , السيد عيد . مرجع سابق , ص 69
[2] منصور , محمد حسين . مرجع سابق , ص 167
[3] شرف الدين , أحمد . مرجع سابق , ص 70

الدين , وللدائن الخيار في الرجوع على من يريد لاستيفاء حقه , فلو رجع على المدين أولاً فله الحق أيضاً الرجوع على الكفيل المتضامن , بل له الرجوع عليهما بدعوى واحدة في وقت واحد .

" وقضت محكمه النقض , بأن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن , ولكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمني , وعلى قاضي الموضوع إذا استخلص من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف . نقض 12/26/ 1968 طعن 182 س 34 ق ."[1]

ويؤيد الباحث أنه لا يمكن افتراض التضامن , وأن الحرمان يقتصر على الكفيل المتضامن من الدفع بالتجريد , فلا يؤثر ذلك على كفيل الكفيل , إذ إنه يستطيع التمسك بالدفع بالتجريد , لأن دفوعه مستقلة ولا يمكن حرمانه من هذا الحق إلا إذا كان متضامناً , ويتبين لنا أن القانون المدني المصري لم ينص على حاله كفيل الكفيل ولا يمكن عدّه متضامناً تلقائياً , لأن التضامن لا يفترض إلا بالاتفاق أو بنص القانون , وما دام أنه لا يوجد نص فإنه يجوز لكفيل الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد , ولو كان هناك تضامن بين الكفيل والمدين .

الفرع الثالث: – أن يرشد الكفيل الدائن على أموال مملوكه للمدين تكفي الوفاء بالدين كله .

تنص الماده 789 من القانون المدني المصري على أنه :

"1 – إذا طلب الكفيل التجريد , وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن الى أموال للمدين تفي بالدين كله .

[1]مشار اليه في , طلبه , أنور . مرجع سابق , ص 390

2 – ولا عبرة بالأموال التي يدل عليهاالكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية , أو كانت أموالاً متنازعاً فيها ."[1]

والمستفاد من هذه المادة هو أن الكفيل هو الملزم بالإرشاد إلى أموال المدين وعلى نفقته الخاصة , وهذا خروج على الأصل إذ إنه من المفترض أن الدائن هو من يسعى نحو أموال مدينه دون الاعتماد على المدين , وقد اشترطت الماده على شروط خاصة بالأموال التي يرشد إليها الكفيل مثل أن تكون خارج الأراضي المصرية وسوف أقوم بتفصيل الشروط الخاصة للأموال وهي : –

أ – أن تكون مملوكة للمدين .

وهذا شرط بدهي إذ إنه لا بد أن تكون الأموال التي يرشد إليها الكفيل تعود ملكيتها للمدين سواء أكانت منقولاً أم عقاراً .

ب – أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بالالتزام .

حيث إن الدائن غير مجبر على أخذ جزء من الدين دون الآخر , حيث " أن الحكمة من التجريد هي منع تكرار التنفيذ , ولما كان المال غير كاف فهذه الحكمة لن تتحقق , وبالتالي يمتنع التجريد , كما أن إجبار الدائن عن التنفيذ على أموال المدين التي لا تكفي الوفاء بالدين فيه إجبار له على قبول الوفاء الجزئي , والمال أن ذلك لا يجوز (ماده 2/342)من القانون المدني المصري ."

ولكن وفق هذا الشرط إذ إن الأصل بالكفاله هو رجوع الدائن على المدين لاستيفاء حقه , وفي حالة عدم استيفاء كامل دينه يقوم بالرجوع على الكفيل بما تبقى وأيضاً في حالة إشهار الإفلاس أو إعسار المدين

[1] سعد , نبيل ابراهيم . مرجع سابق , ص 397

فإنه بهذه الحالة لن يكون هنالك مال كافٍ للوفاء بكل الدين إذ إن التزامات المفلس أو المعسر أكثر من حقوقه , وبالتالي عدم قبول الدفع بالتجريد وفق هذا الشرط .

" على العكس من القانون الفرنسي إذ لا يشترط أن تكون أموال الدين كافية للوفاء بالدين كله , فيجوز أن تفي ببعض الدين .كما أنه ليس هي الحالة الوحيدة في القانون المصري الذي يجبر فيها الدائن على وفاء جزئي . ولكن أمام صراحة النص لا مناص من توافر هذا الشرط ".[1]

ج – أن تكون أموال المدين موجودة في الأراضي المصرية .

وذلك تسهيلاً على التنفيذ عليها . بحيث لا يكون هناك ارهاق للدائن بالتنفيذ على مال موجود بالخارج .إذ إن الأموال إذا كانت خارج الأراضي المصرية تكون بعيدة ومن الصعب التنفيذ عليها وهذا ما أكدت عليه المادة 789 من القانون المدني المصري التي ذُكرت سابقاً , ولا يشترط بالأموال التي يجب أن يدل الكفيل عليها , أن تكون واقعة ضمن جهة معينة داخل الأراضي المصرية , وكأن تكون ضمن موطن المدين أو المكان التي يجب وفاء الدين فيها .

" ويشترط التقنين المدني الفرنسي (م 2/2023) أن تكون الأموال واقعة في الجهة التي يجب الوفاء فيها . ولكن القانون الفرنسي القديم كان لا يشترط في هذا الخصوص إلا أن تكون الأموال واقعة داخل الأراضي الفرنسية ".[2]

والمستفاد من هذه المادة أن القانون الفرنسي اشترط لإبداء الدفع بالتجريد أن لا تكون الأموال واقعة خارج دائرة المحكمة الواجب إبداء الدفع أمامها , وبذلك القانون المصري كان أيسر من القانون الفرنسي الذي اكتفى أن تكون الأموال داخل الإقليم المصري .

[1] سعد , نبيل ابراهيم . مرجع سابق , ص 399

[2] مشار اليه في , السنهوري , عبد الرزاق أحمد . مرجع سابق , ص

وأنه وفق هذا الشرط راعى المشرع المصري مصلحة الدائن , فحيث إنه لو كان هنالك أموال تقع في الخارج , وإن جاز التنفيذ عليها , " إلا أن في ذلك إرهاق للدائن لا مبرر له ولا يستقيم مع وجود كفيل للدين ." [1]

د – أن تكون الأموال غير متنازع عليها .

" كما يجب أن تكون هذه الأموال غير متنازع فيها , لأن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة فقد ينتهي النزاع على أنها ليست مملوكة للمدين . ويعد الحق متنازعاً فيه طبقاً لنص المادة 2/469 مدني مصري إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أمام القضاء أو قام في شأنه نزاع جدي . " [2]

" فالإرشاد إلى أموال متنازع فيها يقضي من الدائن في البداية تصفية هذا النزاع وفي ذلك إرهاق كبير له , وقد يفاجأ عند التنفيذ بتعطيل الإجراءات أو إلغائها بسبب استحقاق المال لشخص آخر غير المدين , مما يعرضه لخطر عدم استيفاء حقه كاملاً , لذا أراد المشرع تجنيب الدائن مباشرة إجراءات شاقة للتنفيذ على هذه الأموال المتنازع عليها ." [3]

وحتى يكون الدفع بالتجريد له فائدة لا بد أن يكون المال الذي يرشد إليه الكفيل مال غير متنازع عليه , إذ قد يترتب على فض النزاع بأن المال غير مملوك للمدين , فبذلك لا فائدة من أموال من هذا القبيل.

"وقد ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه لا يلزم في تحديد الأموال المتنازع فيها الرجوع إلى المادة 1700 مدني فرنسي .

كما ذهب أيضاً الفقهاء في مصر إلى أنه لا يلزم الرجوع إلى المادة 2/469 مدني لتحديد المال المتنازع فيه . وعلى ذلك فلا يلزم لكي يكون المال متنازعاً فيه أن تكون قد قامت بشأنه دعوى أو نزاع جدىٍ ,

---

[1] تناغو , سمير عبد السيد . مرجع سابق , ص 70
[2] صالح , أحمد مقبل . مرجع سابق , ص 152
[3] منصور , محمد حسين . مرجع سابق , ص 171

وإنما يكفي أن يستلزم التنفيذ عليه إجراءات طويلة معقدة . ويعد لذلك مالاً متنازعاً عليه الحصة الشائعة في عقار ذلك لأنه لا يمكن التنفيذ عليها إلا بعد الفصل في دعوى القسمة , وأيضاً إذا كان مال المدين مثقلاً بحقوق عينية , كرهن أو امتياز أو اختصاص ."[1]

وعلى ذلك يتوجب على الكفيل عند إرشاد الدائن إلى أموال الكفيل , بأن تكون الأموال مملوكة للمدين وكافية للوفاء بكامل الدين , وأن لا تكون تلك الأموال متنازعاً عليها أو واقعة خارج الأراضي المصرية وذلك وفق المادة 789 من القانون المدني المصري التي ذكرت سابقاً وهناك شرط لم يرد في نص القانون ولكنه مفروض بداهة وهو أ ن تكون تلك الأموال قابلة للحجز , إذ إنه لا فائدة من الإرشاد إذا لم تكن الأموال الجائز حجزها .

[1] مشار اليه في ,سعد , نبيل ابراهيم . مرجع سابق , ص 369

المبحث الثاني

الآثار المترتبة بالدفع بالتجريد وصوره الخاصة

المطلب الأول

الآثار المترتبة بالدفع بالتجريد

لا بد لأي عقد أن تتوافر فيه شروط لكي يرتب أثره , ولكي يرتب الدفع بالتجريد أثره لا بد من توافر شروط هذا الدفع التي تم بيانها سابقاً , وبتوافرها يترتب أثر هذا الدفع , وأن الأثر الطبيعي والمباشر بالتمسك بهذا الدفع هو وقف التنفيذ على أموال الكفيل .

" وقد جاء المشرع المصري بنص صريح في الصدد وقد نصت المادة 2/788 على أنه (لا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ...) . كما قد نصت المادة 790 مدني على أنه (في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين , يكون الدائن مسؤولاً قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب)." [1]

وعلى ذلك فإن الأثر الأساسي والمباشر للدفع بالتجريد , هو المنع منع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله , أو وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل في حالة مباشرة الدائن لهذه الإجراءات بحقه , وأيضاً مسؤوليه الدائن في مواجهة المدين إذا صدر منه تقصير باتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين ولا بد أن تكون العناية التي يبذلها عناية الرجل العادي التي يترتب عليها براءة ذمة الكفيل بقدر ما حصل الدائن من حقه , فإذا قام باتخاذ الإجراءات عليها براءة ذمة الكفيل بقدر ما حصل الدائن من حقه , إذا قام باتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب وحصل على

---

[1] سعد , نبيل ابراهيم . مرجع سابق , ص 401

حقه كله أو بعضه , مع الاحتفاظ بحقه بأن يرجع بالباقي على الكفيل في حالة عدم تحصيله , مع الاحتفاظ بحقه بأن يرجع بالباقي على الكفيل في حالة عدم تحصيله على حقه بالكامل .

"وإن دفع الكفيل بالتجريد قبل بدء إجراءات التنفيذ ضده أو أثناء سيرها عن طريق الاستشكال فيها , وجب على الدائن أن يوقف التنفيذ حتى يفصل القاضي في الدفع. فإذا تبين للمحكمة أن شروط التجريد متوافرة تعين عليها قبول الدفع والحكم بوقف الإجراءات حتى يتم تجريد المدين من الأموال التي أرشد إليها الكفيل .

ويترتب على وقف الإجراءات منع الاستمرار فيها بعد ذلك , وإلا وقعت باطلة , وكذلك إلغاء ما تم منها وتعطيل آثاره , فيلغى مثلاً تنبيه نزع الملكية الموجهة من الدائن للكفيل ويزول ما ترتب عليه من تسجيل , كما تلغى إجراءات الحجز التنفيذي الموقع على منقولات الكفيل أو الحجز التنفيذي الموقع تحت يد الغير ."[1]

وبما أنه يتوجب على الدائن وقف السير في الإجراءات التنفيذية إلى حين أن تفصل في الدفع بالتجريد , سواء رفض الدفع وهنا يستمر الدائن بإجراءات التنفيذ أما في حالة قبول الدفع فهنا يمتنع الدائن بالاستمرار في إجراءات التنفيذ , ويسقط الإجراءات التي قام باتخاذها فبل إبداء الدفع , ولكن وقف إجراءات التنفيذ لا يمنعه من اتخاذ أي إجراء تحفظي والسير فيه ضماناً لحقه وحماية له من تهريب المدين لأمواله .

وهذا ما نص عليه التقنين القديم من القانون المدني المصري في المادة 612/502 التي تنص صراحة عليه " وحينئذ فللمحكمة النظر والحكم في إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافاً مؤقتاً مع عدم الإخلال

[1] العمروسي , أنور . مرجع سابق , ص 272

بالإجراءات التحفظية "[1] , وأن القانون المدني الجديد قد خلا من هذا النص ولكن يمكن العمل به والأخذ به لتوافقه مع القواعد العامة .

وفي هذه الحالة من حق الدائن أن ينفذ على أموال الكفيل ولكن على أن يوقف التنفيذ عند حد الحجز , وليس من حقه بيعها أو نزع ملكية أموال الكفيل , " ويعدّ من قبيل الإجراءات التحفظية التي يجوز للدائن اتخاذها رغم قبول الدفع بالتجريد حصوله على اختصاص على عقارات الكفيل .

فالاختصاص بطبيعته مجرد إجراء تحفظي يهدف إلى حماية الدائن ضد تهريب المدين لأمواله وهو لا يدخل ضمن إجراءات التنفيذ التي يترتب على الدفع بالتجريد وقفها ."[2]

وعند توافر شروط الدفع بالتجريد , فإنه يترتب آثار على هذا الدفع **وهي** : -

الأثر الأول : - منع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله .

إن منع التنفيذ على أموال الكفيل هو الأثر المباشر والأساسي للدفع بالتجريد , وإن إجراءات التنفيذ توقف عند قبول الدفع بالتجريد لا بل إن هذه الإجراءات توقف بمجرد إبداء الكفيل لهذا الدفع , حتى تقوم المحكمة بالفصل فيه , وجميع الإجراءات المتخذة قبل هذا الدفع تسقط , وتعد باطلة كل الإجراءات التي اتخذها المدين للتنفيذ على أموال الكفيل .

" حيث إذا توقفت المداعاة بحق الكفيل لا يعود بإمكان الدائن ممارسة أي حق على أموال هذا الأخير لتأمين استيفاء دينه بل يصبح ملزماً باستيفاء هذا الدين من الأموال المرهونة أو المحبوسة في يده التي

[1] مشار اليه في , صالح , أحمد مقبل . مرجع سابق , ص 155
[2] العمروسي , أنور . مرجع سابق , ص 272

تعود ملكيتها للمدين الأصلي مالم تكن موضوعه لتأمين موجبات أخرى ملزم بها هذا الأخير وكانت غير كافية لايفائها جميعها (الماده 1072 موجبات وعقود فقرة ثانية)."[1]

فأثر الدفع بالتجريد لا يقتصر على وقف إجراءات التنفيذ على الكفيل فقط , وإنما يقوم بإلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي قام الكفيل بإرشاده عليها , شريطة أن تكون كافية لسداد الدين بأكمله , وأنه في حالة عدم تحصيل الدائن لكامل حقه من أموال المدين , فإنه من حقه الرجوع على الكفيل بقدر المتبقي , وحيث إذا كان سبب عدم تحصيله لباقي الدين يرجع لسبب أجنبي عنه ولا يد له فيه , كأن طرأ عليها ما أنقص من قيمتها , في هذه الحالة فهو غير مسؤول عن ذلك وجاز له الرجوع على الكفيل بالجزء المتبقي من الدين .

ويترتب على التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا , إذا استوفى هذا الدفع الشروط , أن يقضي بعدم قبول الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل وحده , " وجب أن يرجع على المدين أولا يطالبه قضائياً بوفاء الدين فلا يكفي إذن إعذار المدين بالوفاء , بل تجب المطالبة القضائية ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء .

إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين وقد أفلس فامتنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية ضده , أن يتقدم الدائن بحقه في التفليسة , وهذا يعدّ رجوعاً على المدين ."[2]

[1] رماح , غسان . **الكفاله في ضوء الفقه والاجتهاد** , منشورات الحلبي , ص 96
[2] السنهوري , عبد الرزاق أحمد . مرجع سابق , ص 105

الأثر الثاني : – مسؤولية الدائن تجاه إعسار المدين نتيجة عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب .

نص المادة 790 من القانون المدني المصري " بقولها((في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسؤولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب)) [1]

ويستفاد من هذه الماد أنه عند دفع الكفيل بالتجريد فإنه توقف إجراءات التنفيذ بحقه وسقوطها , وأنه ملزم بالقيام بالتنفيذ على أموال المدين وتجريده منها , وعلى الدائن أن يبدأ بهذه الإجراءات بحق المدين في الوقت المناسب وعدم تأخره الذي يرتب إعسار المدين , وعليه أن يبذل عناية الرجل العادي وإلا كان مسؤولاً عن ذلك في مواجهة الكفيل .

" فإذا دل الكفيل على منقولات للمدين , وتباطأ الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديده كان الدائن مسؤولاً عما كان يحصل من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل , وبالمثل لو أن الكفيل دل على عقار للمدين في يد الغير . وتباطأ الدائن في اتخاذ الإجراءات لقطع التقادم المكسب مما سمح للغير بتملك هذا العقار بالتقادم , فإنه يكون مسؤولاً قبل الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار في الوقت المناسب . ويقع عبء إثبات تقصي الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ."[2]

[1] مشار اليه في , الموسى , محمد بن ابراهيم . **نظريه الضمان الشخصي (الكفاله)** .مكتبه العبيكات , ص 534
[2] سعد , نبيل ابراهيم . مرجع سابق , ص 404

فعلى الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ بحق المدين , على أن تكون اتخاذ هذه الإجراءات على نفقته ومن حقه فيما بعد الرجوع على المدين أو الكفيل , فإذا تراخى الدائن باتخاذ تلك الإجراءات مما ترتب على تراخيه إعسار المدين , أو عدم كفاية أمواله بعد أن كانت كافية , وكان من الممكن تلافي هذا الإعسار ببذله العناية المطلوبة وهي عناية الرجل العادي , تبرأ ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر إعسار المدين , ولا يحق للدائن الرجوع بشيء على الكفيل سواء أن حصل على دينه أم لم يحصل على شيء , ويقع عبء إثبات تراخي وتقصير الدائن على عاتق الكفيل .

" أما إذا اتخذ الدائن في الوقت المناسب إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل , وحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً , فإن ذمة الكفيل تبرأ بعد أن استوفى الدائن حقه من أموال المدين وحصوله على حقه كاملاً . ولكن قد يقع عند تنفيذ الدائن على هذه الأموال ألا يحصل الأخير أو يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن , أو يتضح أن المحكمة قد قدرت هذه الأموال بأكثر من قيمتها , ففي هذه الأموال لا تبرأ ذمة الكفيل إلا بمقدار ما حصل الدائن عليه من حقه نتيجه التنفيذ على الأموال , حيث يرجع الدائن بالباقي من حقه على الكفيل . وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل , وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً , وليثبت ذلك عادة بموجب محاضر الحجز ."[1]

[1] الشهاوي , قدرى عبد الفتاح . مرجع سابق , ص 139

المطلب الثاني

صور خاصة للدفع بالتجريد

دفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل

تنص المادة 791 من القانون المدني المصري على أنه " (إذا كان هنالك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين ,وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه , ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين , فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين)."[1]

والمستفاد من هذه المادة أنه في حال وجود مال سواء كان عقاراً أو منقولاً وكان مرهوناً رهناً رسمياً أو حيازياً ووضع لضمان الدين , ولا يشترط أن يكون ملكاً للمدين وإنما موضوع لضمان الدين , فيجوز وفق هذا للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على هذا التأمين العيني الذي خصص ضماناً للوفاء بهذا الدين قبل التنفيذ على أمواله هو .

ويقابل المادة 971 المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص (إذا كان للدائن رهن أو حق في الحبس على بعض أموال المديون المنقولة وجب عليه استيفاء دينه منه , قبل التفكير بأموال المديون الأخرى , وبالتالي قبل التفكير بإعمال الكفالة , إلا إذا كان هذا المال (المرهون أو الحبوس) موضوعاً لتأمين موجبات أخرى على المديون , وكان غير كاف لإيفائها جميعها .)"[2]

وقضت ايضاً المادة 971 من القانون المدني الأردني بأن (إذا كان الدين موثقاً بتأمين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامناً , فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين).

---

[1] أبو السعود , رمضان . مرجع سابق , ص 181

[2] مشار اليه في , كباره . نزيه . **العقود المسماه** , المؤسسة الحديثه للكتاب , ص 400

والمادة 763 من التقنين المدني الكويتي بأن " (إذا كان هنالك تأمين عيني مقرر على مال للمدين ضماناً للدين , وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه , جاز للكفيل , إذا لم يكن متضامناً مع المدين , أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو)" [1]

وهذه النصوص تشير إلى صورة خاصة للدفع بالتجريد وتتميز " بأنه لا يشترط فيها أن يكون التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين كله , وحتى لو لم يكن كافياً فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد التأمين العيني , ويستوفي بذلك جزءاُ من حقه كما لا يشترط أن يكون التأمين العيني قد خصص لضمان الدين المكفول وحده بل يجوز أن يضمن ديوناً أخرى معه ويكفى أن يكون التأمين العيني قد قرره المدين على ماله حتى لو خرج هذا المال من ملكيته إلى الغير بعد الرهن ."[2]

وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع لا بد من توافر عدة **شروط وهي** : –

أولاً : – يجب أن يكون هنالك تأمين عيني خصص لضمان الدين.

إذ إنه لا بد من وجود تأمين عيني سواء كان وارداً على عقار أو على منقول , أكان مخصصاً لضمان دين واحد أو لديون أخرى معه , ويستوى كذلك أن يكون هذا التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين أم لا , وقد يكون مصدر هذا التأمين القانون أو الاتفاق , ويكون اتفاقياً كالرهن التأميني والرهن الحيازي أو قانوناً كالامتياز .

ويجب أن يكون هنالك مصلحة للدائن , لأنه لا دفع بغير مصلحة , " ولا خلاف في شمول النص لحالة المال المثقل بحق اختصاص في المقابل فإن النص لا يتسع للمطالبة بالتنفيذ على المال الذي يباشر الدائن

---

[1] مشار اليه في ,الشهاوي , قدرى عبد الفتاح . مرجع سابق , ص 140
[2] شرف الدين , أحمد . مرجع سابق , ص 74

عليه الحق في الحبس , لأن الحق في الحبس لا يثبت حق امتياز عليه للدائن , وإذا نفذ عليه شاركه في التنفيذ باقي الدائنين على قدم المساواة (م 234 مدني مصري) . " [1]

ثانياً : – ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين .

وهذا الشرط شأنه شأن الدفع بالتجرد في صورته العامة , إذ إن تضامنه مع المدين يجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي , وبالتالي نزوله عن صفته الاحتياطية لالتزامه , ولا يجوز له الدفع بالتجريد وبالتالي بقول للدائن مطالبة الكفيل أو المدين أو كليهما .

ثالثاً : – أن يكون التأمين العيني سابقاً أو معاصراً لعقد الكفاله .

يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر قبل انعقاد الكفالة أو في وقت انعقادها . لأن مثل هذا التأمين يكون قد اعتمد عليه الكفيل وأعطى كفالته على أساسه .

أما التأمين الذي يتقرر بعد انعقاد الكفالة فلا يكون قد دخل في حساب الكفيل وقت تعهده بضمان دين المدين ."[2]

وأن هذا الشرط قد نصت عليه المادة 791 من القانون المدني المصري عليه صراحة , إذ إن الكفيل يكون قد اعتمد على مثل هذا التأمين وأعطى كفالته على أساسه , وبالتالي إذا كان هذا التأمين وأعطى كفالته على أساسه , وبالتالي اذا كان هذا التأمين بعد عقد الكفالة فلا يمكن القول أن الكفيل قد اعتمد عليه في كفالته وعلى أساسه أو وضعه باعتباره وبالتالي عدم قدرته على الدفع بالتجريد .

[1] مشار اليه في , زهران , همام محمد . مرجع سابق , 161

[2] عبد الرحمن , فايز أحمد . مرجع سابق , ص 74

رابعاً : - تمسك الكفيل بهذا الدفع .

ان التزام الكفيل هو التزام احتياطي وتابع , وقد أعطاه القانون الحق بالتجريد وهذا مقرر لمصلحته , ويمكن له النزول عنه صراحة أو ضمناً , إذ إنها غير متصله بالنظام العام , ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها , وبالتالي لا بد له من التمسك به وأن لا يكون قد صدر منه نزولاً عنه .

خامساً : - هل يجب أن يقدم التأمين العيني من المدين ؟

لقد اختلف الفقه في من يقدم التأمين العيني الخصص لضمان الدين , هل هو المدين نفسه أم الغير (أي الكفيل العيني) وهناك رأيان وهما : -

الرأي الأول : - " الذي لا يشترط أن يكون التأمين العيني من المدين بل أيضاً قد يكون مملوكاً لغيره (كفيل عيني) وحجة هذا الرأي أن عبارة النص 791 مدني مصري السالفة الذكر لم تفرق بين تأمين وآخر , بل جاءت العبارة مطلقة, وكذلك فإن مركز الكفيل الشخصي يختلف عن مركز الكفيل العيني , إذ لا يجوز للأخير أن يدفع بتجريد المدين (حسب الماده 1050) , لذلك يستطيع الدائن أن ينفذ على أموال الكفيل العيني ولا يستطيع أن يدفع بالتقسيم بينه وبين الكفيل الشخصي ."[1]

الرأي الثاني : -الذي يشترط أن يكون التأمين العيني من المدين , وذهبوا" الى أن ما ورد في م 791 ما هو إلا صورة خاصة للدفع بالتجريد , وبالتالي فإنه يشترط أن يكون المال المثقل بالتأمين , مملوكاً للمدين حتى لو خرج هذا المال عن ملكيته إلى الغير بعد الرهن , بحيث أنه إذا كان التأمين العيني مقرراً

---

[1]مشار اليه في ,أبو مشايخ , سعاد توفيق . مرجع سابق , ص 135

من قبل كفيل عيني (راهن غير مدين) لم يكن للكفيل التمسك به لتلافي إجراءات التنفيذ في مواجهته ".[1]

وأؤيد الرأي الثاني إذ إنه يعد صورة بالدفع بالتجريد ، " كما أن نص المادة 791 مدني مأخوذة من المادة 2/772 من التقنين الألماني والمادة 2/495 من التقنين السويسري / وأنه في كل من التقنينين يجب أن يكون المال المحمل بالتأمين مملوكا للمدين وبما أن المشرع قد استقى المادة 791 من التقنينين الألماني والسويسري فلو أراد أن لا يكون التأمين العيني مقدما من المدين قد نص على هذه المسألة الجوهرية.

"ولكن يجب أن يكون واضحا في الأذهان أن استلزام الماده 791 من أن يكون التأمين العيني مقدما من المدين لا يعني أنها تستلزم بقاء هذا المال المحمل بهذا التأمين في ذمة المدين إذ يمكن أن تنتقل ملكيته إلى الغير , فالعبرة بأن يكون التأمين العيني قد نشأ على مال مملوك للمدين ولو انتقلت ملكيته بعد ذلك إلى غيره"[2]

"وإذا توافرت الشروط المذكورة وتم قبول الدفع من قبل المحكمة فإنه يرتب نفس الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد بصفة عامة ومن ثم يلتزم الدائن بالتنفيذ على التأمين العيني . ويبطل إجراء يتخذه للتنفيذ على أموال المدين قبل ذلك. إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى الخطأ الذي نتج عن إهمال الدائن في التنفيذ لاتعرض هنا , لأن إفلاس المدين أو إعساره لايؤثر على استيفاء الدائن لحقه لأن المرتبة التي يكتسبها على المال المحمل بهذا التأمين تضمن وقايته من آثار الإفلاس أو الإعسار".[3]

---

[1] مشار اليه في ,زهران , همام محمد . مرجع سابق , ص 162
[2] سعد , نبيل ابراهيم .مرجع سابق , ص 376
[3] منصور , حسين منصور . مرجع سابق , ص176

المبحث الثالث

الدفع بالتجريد في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الأردني .

المطلب الأول

الدفع بالتجريد في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن الضامن يغرم الدين مادام أن المدين غائب أو حاضر ولكنه معسر بالدين، ولكنهم اختلفوا في مسألة إذا حضر الكفيل والمدين وكلاهما معسر. فهل يحق له التنفيذ على أموال الكفيل أم لايجوز له إلا بعد التحقق من عدم كفاية أموال المدين ، أم أنه مخير باستيفاء حقه من المدين أو الكفيل أو كليهما معا.واختلف الفقهاء على ثلاثه آراء على النحو الآتي:-

الرأي الأول:-

"وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية في المشهور عندهم والحنابلة ومالك في أحد قوليه والثوري والأوزعي وإسحق. وخلاصه هذا القول: إن للدائن حق مطالبة كل من الكفيل والأصيل بالحق في وقت واحد كما أن الدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل, ومطالبة أحدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر. كما أنه إذا طالب أحدهما وأخذ منه مقدارا من الدين فله مطالبة الآخر بالباقي"[1].

ووفق هذا القول للمكفول له أخذ حقه من الكفيل أو من المكفول عنه أو كليهما ،ولا يحق للكفيل في هذا القول أن يدفع في مواجهة المكفول له بأن يأخذ حقه من أموال المدين أولا، دون إلزام الدائن بترتيب معين فهو مخير.

[1] مشار اليه في , عبد الحميد , محمد حمد . مرجع سابق , ص 56

فقد "روي عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم (.... والــزعيم غارم والدين مقضي) . "[1]

ففي هذا الحديث بين عليه الصلاة والسلام أن الضامن غارم وهذا يعني أن الدين ثابت في ذمة الضامن مع ثبوته في ذمة المضمون ومن هنا جاز للدائن أن يطالب أيهما شاء . "

الرأي الثاني :- وهو قول لأبي نور وابن أبي ليلى وابن بثرمه والظاهرية والشيعة الإمامية والجعفرية . الضمان عندهم هو حق الدين من ذمة المضمون عندهم إلى ذمة الضامن ، وطبقا لهذا الرأي الدفع بالتجريد غير متصور عندهم ، لأنه بالضمان تبرأ ذمة المضمون عنه .

وعند رجوع الطالب على الكفيل لا يحق له أن يدفع في مواجهة الطالب بالأخذ من أموال المكفول عنه حتى ولو تمت الكفالة بأمر المكفول عنه " . [2]

واستدلوا بحديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال : " كُنَا جلوساً عند النُبي صلى الله عليه وسلم إذ أُتي بجنازة فقالوا صلِّ عليها فقال هل عليه دين قالوا لا, فقال: هل ترك شيئا قالوا لا فصلّى عليه, ثم أُتي بجنازة أخرى فقالوا يا رسول الله صلِّ عليها قال :هل عليه دين, قيل نعم, قال: فهل ترك شيئا ؟ قالوا: ثلاثة دنانير فصلى عليها ثم أُتي بالثالثة, فقالوا صل عليها: قال: هل ترك شيئا قالوا لا قال فهل عليه دين قالوا ثلاثة دنانير قال صلّوا على صاحبكم قال أبو قتاده : صل عليه يا رسول الله وعليّ دينه فصلى عليه " .[3]

---

[1] مشار اليه في , محمد , محمد أحمد بكر . مرجع سابق , ص 427
[2] عبد الخالق , أحمد . مرجع سابق , ص 166
[3] صحيح البخري , مرجع سابق , ص 132

الرأي الثالث : – وهو قول " المالكية إذ ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه لايحق لدائن المكفول له ، عند حلول الأجل، مطالبة الكفيل إذا كان المكفول عنه حاضراً ومليئا ، فإذا كان المدين حاضراً ومليئا وجب على الدائن الرجوع عليه دون الرجوع على الكفيل ، أما إذا كان المدين غائبا أو كان حاضراً ، ولكنه معسر ، فإن للدائن في حالتين . الحالتين حق الرجوع على الكفيل ولكن إذا اشترط صاحب الدين أن يأخذ دينه من أيهما شاء ، فإن له في هذه الحالة مطالبة الكثير،حتى ولو كان المدين حاضرا ومليئا . ويقع عبء إثبات عدم ملاءة المدين على عاتق المكفول له،فالاصل الملاءة،وكل من يدعي عكس ذلك، يقع عليه عبء الإثبات، فإذا أثبت المكفول له،أن المدين معدم كان له الرجوع على الكفيل."[1]

ولكي يتمسك الكفيل في مواجهة الطالب بهذا الدفع لابد من أن تتوافر الشروط الآتية:-

1-أن يكون الغريم (المكفول عنه)، حاضراً .

فلو كان غائبا يحق للطالب الأخذ بحقه من الكفيل ولايستطيع أن يدفع بمواجهة الطالب بأخذ حقه من أموال المكفول عنه، إلا إذا كان له أموال حاضرة وظاهرة، يمكن له أن يستوفي منها حقه دون مشقة شديدة،ويكون ملزماً بأخذ حقه منها على رغم غياب الغريم،وفي حالة عدم استيفائه لكامل حقه له حق الرجوع على مال الكفيل وأخذه من ماله،وهذا بعد استثناء على وجوب أن يكون حاضرا.

[1] مشار اليه في ,نايل , السيد عيد . مرجع سابق , ص 66

2- أن يكون الغريم موسرا.

لكي يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد لابد من يسار المدين ، فلو حضر المدين ولم تكن لديه أموال تكفي لوفاء الدين كان لدائن الحق باستيفاء حقه من الكفيل ابتداءً، وليس له أن يدفع بمواجهة الدائن بتسديد المدين إذ إنه معسر بالدين.

" ويلزم للدفع بتجريد مع يسار المدين أن يكون غير مماطل ولا معروف باللد في الخصومه والشدة فيها ، وبناء عليه أجل الدين وكان لدى المدين أموال تكفي للوفاء بالدين ولكنه ظلم لاتأخذه الأحكام ولا يمكن أخذ الدين منه إلا بمشقة كان من حق الدائن أن يأخذ ماله من الكفيل مع وجود من عليه الدين مليأ . وليس للكفيل أن يدفع في التجريد في مواجهة الدائن ،إذ لا فائدة من يسار المدين مع عدم إمكان أخذ الدين منه إلا بمشقة وصعوبة."[1]

3- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع

حتى يستطيع الكفيل التمسك بمواجهة الطالب أن لايكون قد تنازل عن حقه بالتمسك بهذا الدفع كوجود شرط أنه من حق الطالب الرجوع على الكفيل أولا أو الغريم وبما أن الدفع بالتجريد هو حق للكفيل فله أن يتنازل عنه وبالتالي سقوط حقه في التمسك به.

"فقد جاء في الفواكه(لا يغرم ضامن المال إلا إذا غاب الغريم أو أفلس ، إن حضر موسرا... أو شرط عليه صاحب الدين الغرم ، ولو مع حضور الغريم مليئاً.

وعند بعض المالكية أن هذا الشرط لا يؤخذ به إلا في حالتين : إذا كان الغريم ذا سلطان، أو كان قبيح المطالبه"[2]

---

[1] محمد , محمد أحمد بكر . مرجع سابق , ص 435
[2] عبد الخالق , أحمد . مرجع سابق , ص 170

4- ألايضمن الكفيل دين المدين في الحالات الست (اليسر والعسر والحضور والغيبه والحياه والموت)

.

عند المالكية عند حضور المدين ويسره فلا يطالب الضامن ولا ينفذ على أمواله وهذه القاعدة العامة ولكنها مشروطة بعدم ضمان الكفيل في دين المبين في الحالات الست، فإذا أخذ ضمان الكفيل هذه الصورة سقط حقه بالدفع بتجريد بحيث يجوز للدائن مطالبته والتنفيذ على أمواله دون حقه بأن يدفع بمواجهته بتجريد."وهنالك رأي مرجح بأن الضامن لايطالب مطلقا عدا حضور الغريم مليئا."[1]

إذا توافرت الشروط الوارده ذكرها آنفاً، وإمكان أخذ الدين من المدين بملائته وحضوره ويساره ، ولم يتنازل عن حقه بالتجريد ولم يكن ضامنا للحالات الست ، فإن تمكنه بالدفع بالتجريد يترتب عليه آثار وهي وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل وعلى الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ، ولا يجوز للدائن مطالبة الكفيل أو التنفيذ على أمواله لاستيفاء حقه.

ونؤيد قول المالكيه

حيث أنه لا يجوز للدائن مطالبه الكفيل إلا إذا تبين إعسار الدين ،أو كان هنالك تعب ومشقه بأخذ الدين من المدين ، وأنه من العدالة والمنطق أن لايطالب الكفيل أو ينفذ على أمواله ، فهنالك أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها،إذ إن الكفيل تابع وفرع للأصل ،ولايطالب الفرع بوجود الأصل.

والكفالة قد تركت لتحقيق مصالح الناس ولسد حاجاتهم ، وتيسير المعاملات بينهم، والكثير منهم لايستطيعون شراء حاجاتهم إلا بالدين وقد يطلب الدائن كفيلاً،وانه وفق قول المالكية فيه تيسير على المدين حيث يجد من يكفله ، وفيه مراعاة لحق الدائن حيث أنه يستوفي دينه من المدين، فإذا لم يستوف

---

[1] محمد , محمد أحمد .مرجع سابق , ص 437

أخذه من الكفيل، وأيضا لمصلحة الكفيل إذ إن الدائن لايستطيع مطالبته إلابعد تعذر استيفاء حقه من الأصيل.

وأن "قول النبي صلى الله عليه وسلم:–والزّعيم غارمٌ، لا عموم له ولا يدل على أنه غارم في جميع الأحوال ولهذا لو أدى الأصيل لم يكن غارما، ولحديث أبي قتادة في ضمان دين الميت لتعذر مطالبة الأصيل."[1]

ومن الناحية العملية فإن التنفيذ على أموال المدين أولا أقل عناء ومشقة وتوفر الوقت والجهد ، إذ إن الدائن لو استوفى حقه من الكفيل فإن الكفيل بدوره يقوم باستيفاء مادفعه من المدين ،وذلك ضياع للوقت وبذل جهد بلا فائدة.

"لذلك فقول الجمهور مع رجاحته وقوته إلا أنه يدفع الناس في الحرج ،وفيه ترجيح لمصلحة المكفول له دون النظر إلى مصلحة الكفيل."[2]

وإنه بالنظر إلى أن قول المالكية هوالرأي المختار لما فيه رعاية لجميع أطراف عقد الكفالة وتحقيقا لمصالح الناس وسد حاجتهم .

---

[1] مشار اليه في , العواودة , محمد حسين . مرجع سابق , ص 129

[2] عبد الحميد , محمد حمد . ص 27

المطلب الثاني

موقف المشرع الأردني

إن الدفع بالتجريد وضع لحماية الكفيل ، وقد أعطي الكفيل هذا الدفع فهو متبرع بضمانة للدين, فينبغي له أن يكون التزامه في المرتبة الثانية، وأن لانجعل التزامه أكبر من التزام المدين الأصلي.

وهذا الحق الممنوح للكفيل يقوم على اعتبارات العدل والانصاف وأخرى عملية، فليس من العدل أن الكفيل أمواله تنزع منه مع أنه ضامن لدين غير، وتبعية التزامه واحتياجته ، بينما أموال المدين قائمة لاتمس.[1]

وأنه من الناحيه العملية الدفع بالتجريد فيه اختصار للوقت والجهد والإجراءات التي لا فائدة منها، حيث إنه إذا إلزم بدفع الدين من أمواله والتنفيذ على أمواله كان له حق الرجوع على كل أموال المدين ومطالبته بما دفع والتنفيذ على أمواله، ولايضار الدائن من ذلك فإنه يستوفي حقه سواء أكان عن طريق التنفيذ على أموال المدين أوالكفيل واختصار للوقت والإجراءات والنفقات .

ويتبين لنا أن المشرع الأردني لم يقم بالأخذ بدفع بالتجريد ،إذ إنه جعل الكثير في حكم المتضامن مع المدين، أعطي الحق للدائن في مطالبة أي من الكفيل بل قد أعطى الحق له في مطالبة المدين ابتداءً والمشرع الأردني أخذ يقول جمهور الحنفيه وفق ماقضت به المادة 967 من القانون التي تنص على :-

1- للدائن مطالبة الأصل أو كفيل أومطالبتهما معا .

1- قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 2009/375 (هيئة خماسية) تاريخ 2009/7/29
يستفاد من المادة 950 من القانون المدني فإن الكفالة وهي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام ووفقاً للمادة 1/967 من القانون ذاته فإن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل او مطالبتهما معاً . وعليه فللمدعية الحق بمطالبة المدعى عليها الأولى (المدارس الأكاديمية الأهلية) بصفتها كفيلة او مطالبة أولياء أمور الطلبة او مطالبة أي من هذين الطرفين (انظر قرار تمييز 2008/202) وتكون مطالبة الكفيلة بالمبلغ المدعى به موافقة للقانون (قرار تمييز 2005/3038 و 2004/3254) .
1

2- وإن كان للكفيل كفيل فالدائن مطالبه من شاء منهما.

3- على أن مطالبته لأحدهم لاتسقط حقه في مطالبة الباقين ولكن هنالك استثناءات على هذه القاعده العامة بعدم جواز الدفع بالتجريد في القانون المدني الأردني وأخذ ببعض التطبيقات الموجوده في القوانين الأخرى .

الفرع الأول : - الاستثناءات وفقاً للتشريع الأردني

الغصن الأول : -عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على التأمين العيني.

فقد نصت الماده 971 من القانون المدني الأردني على أنه : (إذا كان الدين موثقاً بتأمين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامناً فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين .[1]

إن هذا النوع من الدفع بالتجريد هو صورة من صور الدفع بالتجريد , والمستفاد من المادة أنه في حالة وجود تأمين عيني فيجب التنفيذ عليه قبل التنفيذ على أموال الكفيل .[2]

ولابد لكي يستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع وجود شروط قد ورد ذكرها بالسابق بالتفصيل مثل أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين , مع أن الكفيل في القانون الأردني في حكم المتضامن , فبذلك لا يستطيع الدفع بالتجريد , ومن حق الدائن أن ينفذ على المدين أو الكفيل فله الخيار , وذلك إعمالاً لفكرة التضامن الموجودة في القانون الأردني .

---

[1] يقابلها الماده 791 من القانون المدني المصري

2- قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1987/267 (هيئة خماسية) تاريخ 1987/4/16
المنشور على الصفحة 839 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1990/1/1
* لا تجيز المادة 971 من القانون المدني التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على الاموال الموثقة للدين اذا كان الدين موثقا بتامين عيني قبل الكفالة وعليه فلا يستفيد الكفيل من احكام هذه المادة اذا ثبت بان التامين قد وضع بنفس تاريخ الكفالة.منشورات عداله.
2

"ولكن مع ذلك عاد المشرع الأردني ليشترط عدم تضامن الكفيل مع المدين حتى يستطيع أن يتمسك بالتنفيذ أولاً على التأمين العيني الموثق للدين قبل التنفيذ على أمواله .

وسبب هذا الشرط هو أن القانون المدني الأردني استقى هذا الحكم من القوانين الأخرى التي تجعل التزام الكفيل احتياطياً وتسمح له عندئذ بالتمسك بعدم مطالبته قبل المدين والتنفيذ على أموال المدين قبل أمواله , في حين أن أحكام القانون المدني الأردني تخالف أحكام هذه القوانين بهذ الشأن ."[1]

ويجب أن تتوافر الشروط الأخرى كوجوب التمسك به لعدم تعلقه بالنظام العام , وأن يكون تقرر قبل الكفالة أو وقت انعقادها , ووجود تأمين عينياً مخصصاً لضمان الدين , وبتوافر جميع الشروط هنا يحق للكفيل التمسك بالتنفيذ على محل التأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله لاستيفاء حقه منه وبالتالي تبرأ ذمه المدين وبالتبعية ذمة الكفيل , ولكن إذا كان التأمين العيني لا يغطي كل حق الدائن , جاز له الرجوع على الكفيل بالباقي .

الغصن الثاني : – عدم جواز التنفيذ على أموال كفيل الكفيل قبل التنفيذ على أموال الكفيل .

وهذا هو الاستثناء الثاني في القانون المدني الأردني , إذ إنه لا يجوز التنفيذ على أموال كفيل الكفيل قبل تجريد الكفيل من أمواله والتنفيذ عليه .

فقد نصت المادة 972 من القانون المدني الأردني على أنه (لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامناً معه).

" وبذلك يكون لكفيل الكفيل التمسك بالدفع بالرجوع على المدين أولاً , إذا رجع عليه الدائن قبل الرجوع على الكفيل مالم يكن متضامناً معه , وذلك إعمالاً لأحكام المادة 972 مدني أردني التي أعد

---

[1] السرحان , عدنان ابراهيم , (2001) , مرجع سابق , ص 214

إستثناء من أحكام المادة 967 / 2 مدني أردني التي أجازت للدائن حق اختيار الرجوع على كفيل الكفيل قبل الكفيل , أو البدء بمطالبة الكفيل إذ جاء النص أنه له مطالبة من شاء منهما , إلا أن المادة 972 قد عدلت عن هذا الحكم ."[1]

[1] الفكهاني , حسن . **الوسيط في شرح القانون المدني المصري** ,الجزء السابع , (2001) , الدار العربيه للموسوعات , ص 418

الفصل الخامس

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين .. خلق اللوح والقلم .. وخلق الخلق من عدم .. ودبر الأرزاق والآجال بالمقادير وحكم .. وجمل الليل بالنجوم في الظُلَمّ .

الحمد لله الذي منّ علي ووفقني لإتمام هذا البحث وإخراجه على الصورة والتي آمل أن تكون مرضية وبعد .

إن التأمينات الشخصية تحظى باهتمام خاص نظراً لأهميتها لاستقرار العلاقات الماليه وتأمينهم من مخاطر الائتمان , ونظراً لاعتبارات العدل والمنطق فالدفع بالتجريد حق للكفيل بأن يدفع بتجريد المدين من أمواله , إذ إن الكفيل أولى بالرعاية لتبعية التزامه واحتياطيته , وأيضاً مراعاة لحق الدائن إذ إنه يستوفي دينه من المدين وعند عدم استيفائه يقوم بالرجوع على الكفيل , وقد انصب هذا البحث على دراسة الدفع بالتجريد وحيث اتضح لنا بأنه ليس من السهل وضع خاتمة في موضوع نظراً لدقته وتشعبه.

وعلى ضوء دراستي للدفع بالتجريد فقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التي أتمنى من المشرع والمختصين الأخذ بها وأهمها :

أولاً الاستنتاجات

1 – إن أطراف عقد الكفاله هما الدائن والكفيل أما المدين فليس طرفاً بهذا العقد فقد ينشأ بدون تدخله أو علمه لا بل رغم معارضته .

2 – يشترط القانون المدني الأردني في الكفيل أهلية التبرع لانعقاد عقد الكفالة إذ إنها تنعقد بإيجاب الكفيل وحده ولم يشترط أهلية معينة للمدين ولم يتطرق لها.

3 – للكفيل دفوع ممنوحة له بموجب القانون التي قد تتعلق بالالتزام الأصلي أو بالالتزامات الدائن وبمجملها تؤدي لبراءة ذمة الكفيل وتحصينه عند التنفيذ على أمواله .

4 – الدفع بالتجريد من الدفوع الشكلية وليست من النظام العام وعلى الكفيل التمسك بها, ولا يحق للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها , كما يحق له التنازل عنه سواء أكان صراحة أو ضمناً .

5 – في القانون الفرنسي من حق الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد في أية مرحلة سواء أكانت في مرحلة التقاضي أم مرحلة التنفيذ , وأما في القانون المدني المصري فإنه يخص مرحلة التنفيذ فقط لا مرحلة المطالبة .

6 – بالدفع بالتجريد توقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل , مع عدم حرمان الدائن باتخاذ أي إجراء تحفظي .

7 – التضامن الذي يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد هو التضامن بين الكفيل والمدين والتضامن بينهم غير مفترض في القانون المصري , أما المشرع الأردني فقد عدّ الكفيل متضامناً مع المدين .

8 – لم يأخذ المشرع الأردني بالدفع بالتجريد ولم ينص عليه على العكس من القوانين المقارنة .

9 – يحق للدائن مطالبة الكفيل أو المدين أو مطالبتهما معاً وفق القانون الأردني ,أما القانون المصري فإنه يوجب التنفيذ على أموال المدين أولاً قبل التنفيذ على أموال الكفيل .

10 – أخذ المشرع الأردني ببعض التطبيقات الموجودة في القوانين الأخرى وأجاز الدفع بالتجريد في حالة كفيل الكفيل وحالة وجود تأمين عيني .

ثانياً التوصيات

اولا : أوصي المشرع الأردني بعدم اعتبار المدين والكفيل متضامنين وحق الدائن بمطالبة أي منهما أو مطالبتهما معاً .

ثانياً : أوصي المشرع الأردني بإزالة التعارض بين نص المادة 2/967 والمادة 972 بإلغاء نص المادة 967 / 2 التي تقضي الحق للدائن بالرجوع على الكفيل أو كفيله أيهما شاء .

ثالثاً : أوصي المشرع الأردني بالأخذ بالدفع بالتجريد وتنظيمه في أحكام خاصة له لتقوية الائتمان, وتيسيراً للمعاملات لما فيه مصلحة أطراف عقد الكفالة حماية لهم ورعاية للكفيل وتسريعاً للإجراءات وتوفيراً للنفقات ولعدم تعطيل عجله الائتمان .

واخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

أولاً الكتب

القرآن الكريم

1 – أبو السعود , رمضان . (2007),**التأمينات الشخصيه والعينيه , دار الجامعه الجديده.**

2 - أبن عابدين ، محمد أمين . (1966) ، **حاشية رد المختار على الدر شرح تنوير الابصار** ج 5 شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي واولادة .

3 - أحمد ، عبد الخالق حسن .(1986), **الكفالة** ، دار الهدى للطباعة .

4 - برج ، أحمد محمد ، (2004) **. الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الأسلامي** ، دار الجامعة الجديدة للنشر.

5 - تناغو , سمير عبد السيد (1996) . **التأمينات الشخصيه والعينيه** , الاسكندريه , توزيع منشأه المعارف.

6 - حجازي , مصطفى عبد الجواد .(2006) ,**عقد الكفاله في القانون المدني** , دار الكتب القانونيه , مصر.

7 -خليل ، أبن اسحاق . **مختصر الخليل** ، ج 6 ، مصر.

8 - خطاب , طلبه وهبه . **عقد الكفاله** , (1987).

9– رباح غسلن . **الكفاله في ضوء الفقه والاجتهاد** , منشورات الحلبي .

10 - زهران , همام محمد . (2001) **التأمينات الشخصيه والعينيه** , منشأه المعارف بالاسكندريه.

11 - السرحان , عدنان ابراهيم .(1996) **العقود المسماه في المقاوله والوكاله الكفاله** , دار الثقافه للنشر والتوزيع

12 – السرحان , عدنان ابراهيم .(2009) **العقود المسماه في المقاوله والوكاله الكفاله** , دار الثقافه للنشر والتوزيع.السرحان , عدنان ابراهيم

13 - السنهوري ، عبد الرزاق . **الوسيط** ، ج 10

14 – سعد , نبيل ابراهيم . (2010) , **التأمينات الشخصيه والعينيه** , ط 1 . مشورات الحلبي .

15 - السيد , علي محمد ة, **الكفاله وتطبيقاتها المعاصره في الفقه الاسلامي** , دار الفكر الجامعي الاسكندريه .

16 - شرح فتح القدير ، ج 7.

17 – شرف الدين ، أحمد . **التأمينات الشخصية والعينية الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز .**

18- شعله , سعيد أحمد .(2006) , **قضاء النقض المدني في العقود** , دار الكتب القانونية

19-الشهاوي , قدري عبد الفتاح .(2002) , احكام عقد الكفاله , منشأه المعارف بالاسكندريه.

20 – صحيح البخاري , (2005) , دار الفجر للتراث , القاهره .

21 – صحيح مسلم , (2006) , دار المعرفه , بيروت – لبنان , ط 12

23 - طلبة . أنور.(2004), **العقود الصغيرة الوكالة والكفالة** , المكتب الجامعي الحديث.

24 – عبد الرحمن , فايز أحمد . (2010)**عقد الكفالة في القانون المصري والقانون الليبي**, دار النهضه العربيه.

25 - عبد السلام , سعيد سعد . (1997) **, الوجيز في التأمينات الشخصيه والعينيه .**

26 - عبده, محمد علي (2005) . **عقد الكفاله** , لبنان ,مشورات زين الحقوقية.

27 – العمروسي , أنور . (2003) , **دار الفكر الجامعي .**

28 – فرج , حسن توفيق . (1986) , **التأمينات الشخصيه والعينيه .**

29– الفكهاني , حسن . (2001) , **الوسيط في شرح القانون المدني** , ج 7 , الدار العربيه للموسوعات .

30- كباره . نزيه . **العقود المسماه** , المؤسسة الحديثه للكتاب.

31 - مرقس , سليمان . **عقد الكفاله** , دار النصر للجامعات المصريه.

32 – معطي , محمد محمود **, الكفاله في ضوء الفقه والاجتهاد** , منشورات الحلبي .

33 – منصور , محمد حسين . **النظريه العامه للإئتمان** , منشأه المعارف بالاسكندريه .

34– منصور , مصطفى منصور . (1960) , **عقد الكفاله .**

35 – الموسى , محمد بن ابراهيم . **نظريه الضمان الشخصي (الكفاله)** , مكتبه العبيكات .

.36– نايل , السيد عيد . **احكام الضمان العيني والشخصي** , النشر العلمي والمطابع .

ثانياً الرسائل الجامعيه

1 – – أبو مشايخ , سعاد توفيق . (2006) ,عقد الكفاله المدنيه والاثار المترتبه عليه , رسالة ماجستير , جامعة النجاح الوطنية , نابلس

2. أحمد مقبل , الكفاله دراسه مقارنه بين الفقه الاسلامي والقانون المدني اليمني والمصري , جامعه عين شمس .

3 – عبد الحميد , محمد حمد , (1997) , الاثار المترتبه على الكفاله دراسه مقارنه , رساله ماجستير .

4 . العواوده , محمد حسين , (2007) , الكفاله في الشريعه الاسلاميه , رساله ماجستير

5 – محمد , أحمد محمد بكر , , تبعيه التزام الكفيل لالتزام المدين في القانون المدني مقارناً بالفقه الاسلامي , رساله دكتوراه , جامعه عين شمس

6 – مصطفى , محمود أحمد , (1994) ,الإبراء من الكفالة وصوره التطبيقية, رساله ماجستير , الجامعه الاردنيه .

ثالثاً القوانين

القانون المدني الاردني رقم 43 لسنه 1976

القانون المدني المصري رقم 31 لسنه 1948

قانون التجاره الأردني رقم 12 لسنه 1966

قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنه 1932